الإصدار: 47



النظر المصلحي
عند الأصوليين

د. مصطفى قرطاح





النظر المصلحي عند الأصوليين

د. مصطفى قرطاح

الإصدار: 47 (نوفمبر 2011م / ذو الحجة 1432هـ)

الإخراج الفني : محمود محمد أبو الفضل

د. مصطفى قرطاح:

من مواليد المغرب، أستاذ مادة الرياضيات، حاصل على الدكتوراه في أصول الفقه ومقاصد الشريعة.

يعمل خطيبا وواعظا بالمندوبية الجهوية للأوقاف والشؤون الإسلامية والمجلس العلمي، وله إسهامات في ميدان الدورات التدريبية.

أنجز دراسات علمية، منها: «منهج الإمام الواقدي في مغازيه»، و«النظر المصلحي عند أبي الوليد بن رشد»...



نهـر متعـدد ... متجـدد

مشروع فكري وثقافي وأدبي يهدف إلى الإسهام النوعي في إثراء المحيط الفكري والأدبي والثقافي بإصدارات دورية وبرامج تدريبية وفق رؤية وسطية تدرك الواقع وتستشرف المستقبل.



وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

قطاع الشؤون الثقافية

إدارة الثقافة الإسلامية

ص.ب: 13 الصفاة – رمز بريدي: 13001 دولة الكويت

الهاتف: 22487310 (965+) – فاكس: 22445465 (965+)

نقال: 99255322 (965+)

البريد الإلكتروني: rawafed@islam.gov.kw

موقع «روافد»: www.islam.gov.kw/rawafed

الطبعة الأولى - دولة الكويت

نوفمبر 2011م / ذو الحجة 1432 هـ

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

الموقع الإلكتروني: www.islam.gov.kw

تم الحفظ والتسجيل بمكتبة الكويت الوطنية

رقم الإيداع: 2011 / 163

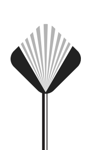
ردمك: 978-99966-50-14-7

ـا،

ين

فهرس المحتويات

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ



تصدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين.

فمعلوم أن النظر الأصولي يشكل منظومة من القواعد والمنطلقات والمفاهيم تساعد العلماء والفقهاء على الفهم السليم لروح الشريعة، وتمكنهم من ضبط الآليات الكفيلة بتنزيل الأحكام على واقع الأفراد والجماعات تنزيلا يحقق مقاصد الشارع في هداية الخلق .

ويعتبر النظر المصلحي ركيزة الفقه وثمرة الاجتهاد، وذلك لأنه يراعي المقاصد الشرعية مراعاة تخرج الإنسان من داعية هواه، ولاتجعل لمصالحه المتوهمة أي اعتبار إلا بمقدار ما تنضبط بمصالح الشرع المعتبرة.

ويسعى الدكتور مصطفى قرطاح في كتابه «النظر المصلحي عند الأصوليين» إلى أن يجلي طبيعة هذا المفهوم، ويبرز مجموعة من القواعد والمبادئ والمنطلقات التي تحكمه وتقيم بناءه المنهجي، وتحدد مجالات حضوره في النظر الأصولي والفقهي العام، مع التركيز على جهود علمين بارزين من أعلام الغرب الإسلامي، وهما : أبو الوليد الباجي، وأبو بكر بن العربي.

ويسر إدارة الثقافة الإسلامية بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية أن تقدم هذه الدراسة القيمة إلى جمهور القراء الكرام، دأبا منها على تنمية الثقافة الأصولية ، ولفت الأنظار إلى الرؤية المنهجية التي تحكم تعامل العلماء مع نصوص الشريعة.

والأمل معقود على أن تتوالى كتابات علماء الأمة ومفكريها في هذه الميادين الخصبة الشاهدة على يسر الشريعة ورحمتها بالإنسان .

والله الهادي إلى سواء السبيل...



مدخل

الحمد لله، الحمد له وحده، ملء السماوات، وملء الأرض، وملء ما بينهما، وملء ما شاء من شيء بعد، أهل الثناء والمجد، أحق ما قال العبد، وكلنا له عبد، تقدست أسماؤه وعلت صفاته؛ وأشهد أن لا إله الله وحد لا شريك له، وأن محمدا عبده ورسوله.

ترجع بداية علاقتي بموضوع النظر المصلحي عند الأصوليين إلى بحوث أكاديمية سابقة، وخاصة عند أبي الوليد بن رشد الحفيد من خلال كتابه: «بداية المجتهد وكفاية المقتصد». وقد لفت انتباهي إلى هذا المركب الوصفي «النظر المصلحي» كثرة ترداده عند هذا العالم فتبين لي أنه يعبر عن منهج معرفي وتحليلي واستنباطي في التعامل مع الشريعة الإسلامية، لذا رأيت أنه الأنسب ليكون عنوانا لذلك البحث. ثم وجدته وإن بشكل أقل عند الإمامين الشاطبي والقرافي، فحدثتني نفسي أنه قد يكون مصطلحا خاصا بالمدرسة المالكية، وخاصة في هذه الجهة من العالم الإسلامي، لذا رأيت أن أسمي بحثي الحالي: النظر المصلحي عند علماء الغرب الإسلامي.

وكانت أهم نتيجة توصلت إليها في البحث الأول هي وجوب مواصلة الطريق، طريق استخراج النظر المصلحي عند العلماء، وذلك لزيادة استيعاب هذا المنهج واكتشاف أصوله وتحديد مجالاته وتقعيد قواعده وضوابطه. وهكذا اخترت أن أدرس تراث كل من الإمامين أبي الوليد الباجي وأبي بكر بن العربي من خلال مصنفاتهم العلمية.

وقد جاء هذا البحث ليفصل القول في مفهوم النظر المصلحي، وليعمق البحث في أصوله، مع الحديث عن التعليل المصلحي للشريعة، والتمييز بين الوسائل والمقاصد، ثم بيان مجالات النظر المصلحي ومنطلقاته، مع التركيز على جهود الإمامين الباجي وابن العربي في الموضوع.

والله تعالى أسأل أن يجعل هذا الجهد المتواضع في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، إنه تعالى نعم المولى ونعم النصير. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.



الباب الأول

أصول النظر المصلحي



الفصل الأول

تعريفات النظر المصلحي

بين يدي الحديث عن مختلف القضايا المرتبطة بالنظر المصلحي عند الأصوليين، أرجح أن تكون البداية بتحديد مجموعة من المفاهيم والمصطلحات، مع الإشارة بأن المستوى التطبيقي يختص، في الغالب، بعلمين بارزين في حقل الدراسات الأصولية، وهما أبو الوليد الباجي[1]، وأبو بكر

١- هو القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي الباجي، من باجة الأندلس، المالكي الحافظ.

ولد في سنة ثلاث وأربع مئة؛ وأخذ بالأندلس عن أبي الأصبغ وأبي محمد مكي بن أبي طالب المقرئ، وأبي شاكر، وغيرهم.

ورحل سنة ست وعشرين وأربع مئة، فأقام بالحجاز مع أبي ذر الهروي ثلاثة أعوام، وحج أربع حجج؛ وسمع ثم من المطوعي، وأبي بكر بن سحتويه، وابن محرز، وابن محمود الوراق.

ورحل إلى بغداد فأقام ثلاثة أعوام يدرس الفقه ويسمع الحديث. ثم إلى الشام والموصل ومصر.

ولأبي الوليد تآليف مشهورة منها:

كتاب الاستيفاء في شرح الموطأ، كتاب حفيل كثير العلم لا يدرك ما فيه إلا من بلغ درجة أبي الوليد في العلم؛ وكتاب المنتقى في شرح الموطأ، وهو اختصار الاستيفاء. ثم اختصر المنتقى في كتاب سماه الإيماء قدر ربع المنتقى. وكتاب السراج في علم الحجاج، وكتاب مسائل الخلاف لم يتم. وكتاب المقتبس من علم مالك بن أنس لم يتم، وكتاب المهذب في اختصار المدونة، وكتاب شرح المدونة، وكتاب اختلاف الموطآت، ومسألة اختلاف الزوجين في الصداق، وكتاب مختصر المختصر في مسائل المدونة، وكتاب إحكام الفصول في أحكام الأصول، وكتاب الحدود في أصول الفقه، وكتاب الإشارة في أصول الفقه، وكتاب تبين المنهاج، وكتاب التشديد إلى معرفة طريق التوحيد، وكتاب تفسير القرآن لم يكمل، وكتاب فرق الفقهاء، وكتاب الناسخ والمنسوخ لم يتم، وكتاب السنن في الرقائق والزهد والوعظ، وكتاب التعديل والتجريح لمن خرج عنه البخاري في الصحيح، وكتاب في مسح الرأس، وكتاب في غسل الرجلين، وكتاب النصيحة لولديه، ورسالته المسماة بتحقيق المذهب، وله غير ذلك.

توفى رحمه الله تعالى بالمرية سنة أربع وتسعين وأربعمائة لتسع عشرة ليلة خلت من رجب، ودفن بالرباط على ضفة البحر وصلى عليه ابنه أبو القاسم. (انظر: كتاب الصلة في تاريخ أئمة الأندلس وعلمائهم ومحدثيهم وفقهائهم وأدبائهم. : ١/ ١٩٧ـ ١٩٩؛ لأبي القاسم خلف بن عبد الملك المعروف بابن بشكوال (٤٩٤ ـ ٥٧٨) بعناية السيد عزت العطار الحسني. مكتبة الخانجي ـ القاهرة. الطبعة الأولى : ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥م . والديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي: ص: ١٢٠. دار الكتب العلمية. بيروت).

بن العربي[1]. وسنفرد فقرات لتحديد المفاهيم المرتبطة بالنظر المصلحي.

١- هو محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد الإمام أبو بكر ابن العربي المعافري الأندلسي الحافظ أحد الأعلام.

ولد في شعبان سنة ثمانية وستين وأربعمائة هجرية؛ ونشأ في بيئة علمية مزدهرة، فسمع من أبيه، ومن خاله الحسن بن عمر الهوزني وطائفة.

رحل مع أبيه إلى المشرق ودخل الشام وبغداد وسمع بها من جماعة. ثم دخل الحجاز فحج ثم عاد إلى بغداد ومصر والإسكندرية ومن ثم إلى الأندلس في سنة إحدى وتسعين وأربعمائة بعد أن دفن أباه في رحلته ببيت المقدس. وقدم إلى إشبيليه بعلم كثير لم يدخل أحد قبله بمثله ممن كانت له رحلة إلى المشرق.

سمع ببغداد من طراد بن محمد الزينبي وأبي عبد الله النعالي، وأبي الخطاب ابن البطر، وجعفر السراج وابن الطيوري؛ وبدمشق من الفقيه نصر بن إبراهيم المقدسي، وأبي الفضل بن الفرات أبي البركات ابن طاووس والشريف النسيب. وببيت المقدس من مكي بن عبد السلام الرميلي، وبالحرم الشريف من الحسين بن علي الفقيه الطبري، وبمصر من القاضي أبي الحسن الخلعي، وغيره.

ومن تلاميذه: أبو زيد السهيلي، وأحمد بن خلف الكلاعي، وعبد الرحمن بن ربيع الأشعري، والقاضي أبو الحسن الخلعي، وعبد الرحمن بن صابر وأخوه، وأحمد بن الأبار، وآخرون

ومن تصانيفه: الجامع لأحكام القرآن، والقبس في شرح موطأ مالك بن أنس، وعارضة الأحوذي في شرح جامع الترمذي، والدواهي والنواهي في الرد على أبي محمد بن حزم، ومفتاح المقاصد ومصباح المراصد، والمقتبس من القراءات، وكتاب كوكب الحديث والمسلسلات، وكتاب العالمين في المسائل، وكتاب نزهة الناظر، والمحصول في الأصول، وحسم الداء في الكلام على حديث السوداء، وملجئة المتفقهين إلى غوامض النحويين، وكتاب ترتيب الرحلة للترغيب في الملة، والفقه الأصغر.

وتوفي ابن العربي بفاس في شهر ربيع الآخر سنة ثلاث وأربعين وخمسمائة. (انظر كشف الظنون:١/ ٧٦١، و١٧٧١/٢، وكتاب الصلة: ٥٥٨/٢ ـ ٥٥٩، رقم السلسلة: ١٢٩٧. طبقات المفسرين:١/١٨٠-١٨١ و١٠٥/٢؛ وأبجد العلوم: ١٩/٣-١٥٠، وسير أعلام النبلاء ج٢٠ من ص١٩٨إلى ٢٠٤ وطبقات الحفاظ ٤٦٨/١-٤٩٦).

١- تعريف النظر المصلحي

١- تعريف النظر لغة واصطلاحا:

- النظر لغة:

النظر لفظ مشترك بين معنيين؛ أولهما: توجيه العين الباصرة نحو الشيء المحسوس لرؤيته، والثاني: إدراك الشيء المعنوي بالقلب والبصيرة. فالنظر يقع على الأجسام وعلى المعاني، « فما كان بالأبصار فهو للأجسام وما كان بالبصائر كان للمعاني»[١]. « تقول نظرت إلى كذا وكذا من نظر العين ونظر القلب »[٢]. « فإذا قلت: نظرت إليه لم يكن إلا بالعين، وإذا قلت: نظرت في الأمر احتمل أن يكون تفكرا فيه وتدبرا بالقلب »[٣]. «والنظر: الفكر في الشيء تقدره وتقيسه منك »[٤].

قال الراغب في المفردات:«النظر: تقليب البصر والبصيرة لإدراك الشيء ورؤيته، وقد يراد به التأمل والفحص، وقد يراد به المعرفة الحاصلة بعد الفحص، وهو الروية. يقال: نظرت فلم تنظر، أي لم تتأمل ولم تترو. وقوله تعالى:﴿ قُلِ ٱنظُرُواْ مَاذَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ ﴾ (يونس: ١٠١) أي تأملوا. واستعمال النظر في البصر أكثر عند العامة، وفي البصيرة أكثر عند الخاصة... ونظرت فيه: إذا رأيته وتدبرته، قال تعالى:﴿ أَفَلَا يَنظُرُونَ إِلَى ٱلۡإِبِلِ كَيۡفَ خُلِقَتۡ ﴾(الغاشية: ١٧) ...وقوله تعالى:﴿ أَوَلَمۡ يَنظُرُواْ فِي مَلَكُوتِ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ ﴾(الأعراف : ١٨٥)

١- لسان العرب: ٢٩٢/١٤. للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، دار صادر، بيروت الطبعة الرابعة ٢٠٠٥م.

٢- نفسه: ٢٩١/١٤.

٣- نفسه:٢٩٢/١٤.

٤- نفسه: ٢٩٢/١٤ والقاموس المحيط: ٦٢٣/١ للفيروزآبادي أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب ابن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيرازي الإمام اللغوي الشهير ٧٢٩هـ/ ٨١٧ هـ.

فذلك حث على تأمل حكمته في خلقها..والمناظرة: المباحثة والمباراة في النظر، واستحضار كل ما يراه ببصيرته، والنظر: البحث، وهو أعم من القياس؛ لأن كل قياس نظر، وليس كل نظر قياس»[١].

والمناسب من المعنيين لهذا البحث هو المعنى الثاني، أعني: الفكر والبحث والتأمل والفحص أو المعرفة الحاصلة بعد الفحص.

- النظر في الاصطلاح:

لم تختلف كثيرا عبارات أهل الاصطلاح من الأصوليين والفقهاء في تعريف النظر إلا من حيث توسيع الحد ليكون جامعا مانعا سالما من الاعتراضات. فكل التعريفات تذهب إلى أنه «الفكر المطلوب به علم أو ظن»[٢]، أو« فكر موصل إلى معرفة، أو اعتقاد، أو ظن»[٣].

قال القاضي أبو بكر الباقلاني في حده: «هو الفكر الذي يَطلُب به من قام به علما أو ظنا»[٤]. وقد علق الآمدي عليه فقال: «وقصد بقوله علما أو ظنا التعميم للعلم والظن ليكون الحد جامعا»[٥]، ثم استبدل هذه العبارة بعبارة

١- ـ مفردات ألفاظ القرآن: ٨١٣ ـ ٨١٤ للعلامة الراغب الأصفهاني، تحقيق صفوان عدنان داوودي. دار القلم ـ دمشق. الدار الشامية ـ بيروت.

٢- الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة:٦٩/١، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى، تحقيق: د. مازن المبارك دار الفكر المعاصر – بيروت الطبعة الأولى،١٤١١ هـ.

٣- شجرة المعارف والأحوال وصالح الأقوال والأعمال، : ١٠٠. لإمام عز الدين بن عبد السلام السلمي المتوفى سنة ٦٦٠هـ، تحقيق: إياد خالد الطباع، دار الفكر المعاصر، دار الفكر الطبعة الثانية ١٩٩٦م.

٤- ومنه أيضا تعريف الإمام الشوكاني: النظر هو الفكر المطلوب به علم أو ظن، وقيل هو ملاحظة المعقول لتحصيل المجهول، وقيل هو حركة النفس من المطالب التصورية والتصديقية طالبة للمبادئ وهي المعلومات التصورية أو التصديقية باستعراض صورها صورة صورة. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ص:٧. دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان.الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ /١٩٩٤م.

٥- ـ الإحكام في أصول الأحكام ٢٨/١، للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن سالم الثعلبي الملقب سيف الدين الآمدي (٥٥١هـ/٦٣١هـ) تحقيق د سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.

أخرى آملا أن لا يتجه إليها من الإشكالات ما قد يتجه إلى عبارة القاضي فقال: « النظر عبارة عن التصرف بالعقل في الأمور السابقة بالعلم والظن المناسبة للمطلوب بتأليف خاص قصدا لتحصيل ما ليس حاصلا في العقل. وهو عام للنظر المتضمن للتصور والتصديق، والقاطع والظني. وهو منقسم إلى ما وقف الناظر فيه على وجه دلالة الدليل على المطلوب فيكون صحيحا، وإلى ما ليس كذلك فيكون فاسدا »[1].

وقال الإمام الرازي في المحصول:« أما النظر فهو ترتيب تصديقات في الذهن؛ ليتوصل بها إلى تصديقات أخر. والمراد من التصديق إسناد الذهن أمرا إلى أمر بالنفي أو بالإثبات، إسنادا جازما أو ظاهرا.

ثم تلك التصديقات التي هي الوسائل: إن كانت مطابقة لمتعلقاتها فهو النظر الصحيح؛ وإلا فهو الفاسد.

ثم تلك التصديقات المطابقة: إما أن تكون بأسرها علوما؛ فيكون اللازم عنها أيضا علما؛ وإما أن تكون بأسرها ظنونا فيكون اللازم عنها أيضا ظنا؛ وإما أن يكون بعضها ظنونا، وبعضها علوما، فيكون اللازم عنها أيضا ظنا»[2].

وبالعودة إلى ما كنت بصدده وهو النظر المصلحي، أخلص من جملة هذه التعريفات اللغوية والاصطلاحية إلى الأمور التالية:

إن النظر هو ترتيب تصديقات أو التصرف بالعقل في الأمور السابقة بالعلم والظن؛ ومن ثم فالنظر المصلحي هو ترتيب ما علم من عادات الشرع في المحافظة على المصالح على اختلاف مراتبها ومقاديرها وأنواعها، إلى

١- نفسه: ١/ ٢٩.

٢- المحصول في علم أصول الفقه: ١/ ٨٧. للإمام الأصولي النظار المفسر فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ٥٤٤ هـ / ٦٠٦ هـ. تحقيق طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة. وانظر نفائس الأصول في شرح المحصول ١/ ٦٧ للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري القرافي ت ٦٨٤ هـ . تحقيق وتعليق: محمد عبد القادر عطا، منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة والجماعة دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان.

جانب الأدلة التفصيلة. وهو ما يضمن للنظر المصلحي خاصية الوسطية في رد الجزئيات وهي الأدلة التفصيلية إلى الكليات وهي المصالح وبالعكس؛ فلا هو يعتمد الوقوف عند الظواهر ولا هو يغرق في التأويل حتى يسقط الدليل.

إن النظر أعم من القياس، وعليه فإن النظر المصلحي أعم من القياس المصلحي؛ فإنه يشمل تفسير النصوص وتنزيلها في ضوء المقاصد والمصالح العامة والخاصة المرعية في الشريعة الإسلامية. كما يشمل القياس المرسل الذي لا يستند إلى شيء من الأوصاف الظاهرة المنضبطة، بل يكتفي بما قدره العقل من المصالح الشرعية من مصلحة تجلب أو مفسدة تدرأ ليوقع للحادثة حكمها.

إن النظر هو تصرف بالعقل، وعليه فإن النظر المصلحي هو تصرف بالعقل في الكشف عن مقاصد الشريعة والاهتداء بها في فهم النصوص واستنباط الأحكام وتطبيقها؛ وهو ما يحفظ له ـ باعتباره نعمة إلهية ـ مكانته في بيان التشريع الإلهي وتطبيقه دون غلو أو تقصير.

٢- تعريف المصلحة لغة واصطلاحا.

- المصلحة لغة:

المصلحة مفعلة من الصلاح، وهو كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشيء له، كالقلم يكون على هيئته الصالح للكتابة به، والسيف على هيئته الصالح للضرب به[١].

وصيغة مفعلة تستعمل لمكان ما، كثر فيه الشيء المشتقة منه، فالمصلحة

١- شرح حديث لا ضرر ولا ضرار لنجم الدين الطوفي ضمن رسالة المصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفى زيد، ص:٢٤٣. عناية وتعليق:د محمد يسري، دار اليسر للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، مصر.

عندهم إذًا شيءٌ فيه صلاح قوي[1].

والمصلحة واحدة المصالح، وأصلح: أتى بالصلاح، وهو الخير والصواب. و في الأمر مصلحة: أي خير، والجمع مصالح. وهو صالح للولاية: له أهلية القيام بها؛ وأصلح الشيء بعد فساده: أقامه. و أصلح الدابة: أحسن إليها فصلحت. وفي التهذيب: تقول أصلحت إلى الدابة: إذا أحسنت إليها. والصلاح ضد الفساد، والإصلاح نقيض الإفساد، والمصلحة خلاف المفسدة، والاستصلاح نقيض الاستفساد[2].

- المصلحة في الاصطلاح:

عرف الأصوليون المصلحة عند الحديث عن مسلك المناسبة من مسالك التعليل، وعند الحديث عن الأدلة الشرعية. ومن ذلك قول الإمام الغزالي في شفاء الغليل: « المعاني المناسبة ما تشير إلى وجوه المصالح وأماراتها، وفي إطلاق لفظ المصلحة أيضا نوع إجمال؛ والمصلحة ترجع إلى جلب منفعة، أو دفع مضرة، والعبارة الحاوية لها أن المناسبة ترجع إلى أمر مقصود.

أما المقصود، فينقسم إلى ديني ودنيوي، وكل واحد ينقسم إلى تحصيل وإبقاء. وقد يعبر عن التحصيل بجلب المنفعة، وقد يعبر عن الإبقاء بدفع المضرة، يعني أن ما قصد إبقاؤه فانقطاعه مضرة وإبقاؤه دفع للمضرة، فرعاية المقاصد عبارة حاوية للإبقاء ودفع القواطع،

١- المصلحة في التشريع الإسلامي ص:٣٠، ومقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر بن عاشور، ص:٦٣. دار سحنون ، دار السلام، ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م.

٢- لسان العرب: ٢٦٧/٨ و مختار الصحاح: ١٥٤/١ للرازي ت ٧٢١ هـ تحقيق محمود خاطر مكتبة لبنان سنة النشر ١٤١٥ هـ والقاموس المحيط: ٢٩٣/١ . والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير: ٣٥٤/١، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى : نحو ٧٧٠هـ)

وللتحصيل على سبيل الابتداء»[١].

وقال في المستصفى:« أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك؛ فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم؛ لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم. فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة»[٢].

وقال الإمام الرازي في تعريف المناسب: « أنه الذي يفضي إلى ما يوافق الإنسان تحصيلا وإبقاء. وقد يعبر عن التحصيل بجلب المنفعة، وعن الإبقاء بدفع المضرة؛ لأن ما قصد إبقاؤه فإزالته مضرة، وإبقاؤه دفع المضرة. ثم هذا التحصيل قد يكون معلوما وقد يكون مظنونا، وعلى التقديرين: فإما أن يكون دينيا أو دنيويا.

والمنفعة عبارة عن اللذة، أو ما يكون طريقا إليها. والمضرة عبارة عن الألم، أو ما يكون طريقا إليه. واللذة، قيل في حدها: إنها إدراك الملائم. والألم: إدراك المنافي»[٣].

وقال العز بن عبد السلام:« المصالح أربعة أنواع: اللذات وأسبابها، والأفراح وأسبابها. والمفاسد أربعة أنواع: الآلام وأسبابها، والغموم وأسبابها.

١- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، ص ٧٩. للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ت ٥٠٥ هـ .بعناية الشيخ زكريا عميرات ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .

٢- المستصفى: ص ١٧٤.

٣- المحصول في علم أصول الفقه:٢/٣١٩. وإرشاد الفحول: ٣١٩.

وهي منقسمة إلى دنيوية وأخروية»[1].

واقتصر الخوارزمي في تعريفه للمصلحة على الحديث عن المفاسد فقال: «هي المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق»[2]. ومع أن المصالح والمفاسد متلازمان، لغة وشرعا وعرفا، إلا أن ذلك لا يقوم سببا وجيها للاقتصار على ذكر أحدهما دون الآخر، وإن تلازما، بدليل تفرقة العلماء بينهما في كثير من المواطن والقواعد كقولهم: درء المفاسد مقدم على جلب المصالح[3].

ويتحصل من هذه التعريفات أن المصلحة تطلق بإطلاقين: الأول حقيقي، وهو ما يترتب على الفعل من لذة ومنفعة وخير؛ والثاني مجازي وهو السبب الموصل إلى النفع[4]. كما يتبين أن المصلحة شاملة لما هو حسي وما هو معنوي[5].

٣- تعريف النظر المصلحي:

بعد تعريف مفردتي النظر والمصلحة، كل على حدة، لغة واصطلاحا؛ أخلص إلى تعريف النظر المصلحي باعتباره وصفا مركبا يلخص منهجا في التعامل مع موارد الشريعة ومصادرها فأقول:

١- قواعد الأحكام في مصالح الأنـام:١١/١. لأبي محمد عز الدين عبد العلبنان.عبد السلام السلمي.دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان. ـ شجرة المعارف والأحوال وصالح الأقوال والأعمال، ص:٥٢ ـ ٥٣ وص ١٨٧.

٢- ـ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الشوكاني ص:٣٥٨

٣- المصلحة في التشريع الإسلامي ص:٣١ .

٤- تعليل الأحكام، عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد: ص ٢٧٩؛ للأستاذ محمد مصطفى شلبي. الطبعة الثانية: ١٤٠١ هـ /١٩٨١ م. بيروت.هضة العربية للطباعة والنشر. بيروت .

٥- نظرية المقاصد عند الإمام ا لشاطبي: ص ٢٣٤؛ د. أحمد الريسوني. منشورات المعهد العالمي للفكر الإسلامي، سلسلة الرسائل الجامعية، توزيع المكتبة السلفية، الدار البيضاء. الطبعة الأولى:١٤١١هـ / ١٩٩٠م.

النظر المصلحي هو: ترديد الفكر بين أنحاء كليات الشريعة وجزئياتها بحسب ما يقتضيه موقع النظر قصد بيان وجه المصلحة فيه وتأثيرها عليه.

فقولي«ترديد»: إسناد فعل التردد إلى الناظر الذي استجمع شروط النظر وأهليته.

وقولي «الفكر» اقتباس من التعريف اللغوي للنظر.

وقد جمع ابن العربي بين هذه المفردات فقال: « وعلى العالم أيضا فرض أن يقلد عالما مثله في نازلة خفي عليه فيها وجه الدليل والنظر، وأراد أن يردد فيها الفكر، حتى يقف على المطلوب »[1].

وقولي «كليات الشريعة» أعني: المصالح الكلية الخمس المبثوثة في كل أنحاء الشريعة الإسلامية، وهي: الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال.

وأعني بها أيضا الكليات الشرعية مثل رفع الحرج وإزالة الضرر وغيرها... وهي التي يسميها ابن العربي بمقاطع الشريعة. جاء عنه قوله: « ومن نظر إلى مقاطع الشريعة وقرائنها لم يستبعد المسح على الخفين لما في نزعهما من المشقة وتكلف الوضوء على الرجلين والشقة بعيدة والسير متصل»[2].

كما يسميها أيضا القواعد، كما جاء في قوله في مسألة قتل الجماعة بالواحد، حيث قال: « احتج علماؤنا رحمة الله عليهم بهذه الآية، وهي قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى ﴾ (البقرة:١٧٨) على أحمد بن حنبل في قوله: لا تقتل الجماعة بالواحد. قال: لأن الله تعالى شرط في القصاص المساواة، ولا مساواة بين الواحد والجماعة، لا سيما، وقد قال تعالى: ﴿ وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ ﴾ (المائدة: ٤٥). الجواب: أن مراعاة القاعدة أولى من مراعاة الألفاظ، ولو علم الجماعة أنهم إذا قتلوا واحدا لم يقتلوا لتعاون الأعداء على قتل أعدائهم بالاشتراك

١- أحكام القرآن: ٢/٢٢٥.

٢- القبس:١/١٦٠.

في قتلهم، وبلغوا الأمل من التشفي منهم»[1]. والمقصود بالقاعدة عنده هنا هي الحفاظ على النفوس والدماء.

وجزئيات الشريعة هي أدلتها التفصيلية من الكتاب والسنة والقياس والمصلحة المرسلة والاستحسان والعرف.

وموقع النظر هو المحل الذي يتوجه إليه الناظر و يعمل عليه؛ وهو إما نص يعمل على تفسيره، أو حكم يحاول تنزيله، أو واقع لا نص فيه يحاول أن يجد له حكما بحسب ما فيه من المصلحة.

ومعنى تأثير المصلحة على موقع النظر أنه إذا كان موقع النظر نصا، فإن للمصلحة المقصودة منه تأثيرا في دلالته، إما بالزيادة أو النقصان؛ وتغيير الحكم من العموم إلى الخصوص، أو العكس. فالاجتهاد المصلحي يوازي ويتساوق مع الاجتهاد البياني[2]، لأن المعاني في الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين: المعاني اللغوية والمعاني الشرعية التي تسمى عللا.

يقول الغزالي عن أثر إدراك المعاني والمصالح على النصوص: « وليس من غرضنا النظر في آحاد الأمثلة، وإنما القصد من نقله أن النقصان من المنصوص ـ بالمعنى المفهوم من النص ـ مقول به وفاقا، كالزيادة عليه بالمعنى المعقول منه لتركن النفس إلى قبول هذا من حيث النقل »[3]. وقال من قبل: « وغرضنا أن كل ذلك من مسالك التصرفات في الزيادة على النصوص والنقصان منها »[4]. ويقول أيضا: « فما يجري هذا المجرى، فتحكيمه في النقصان والزيادة، وتغيير الحكم إلى الخصوص من العموم، وإلى العموم من الخصوص جائز على نسق واحد...»[5].

١- أحكام القرآن: ١/٩٥.

٢- منهج الدرس الدلالي عند الإمام الشاطبي لعبد الحميد العلمي: ص ١٠٨، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

٣- شفاء الغليل: ٤٢.

٤- نفسه: ٤١.

٥- نفسه: ٤٣.

وبحسب رتبة المصلحة المقصودة من الطلب، سواء كان طلب فعل أو طلب ترك، نحدد درجته من الوجوب أو الندب أو الإباحة إن كان للفعل؛ أو درجته من الكراهة أو التحريم إن كان للترك.

والأمر نفسه يقال عن نوع المصلحة. فالمعول عليه في التفسير ليس هو الدلالة اللغوية الأصولية فحسب، من كون الأمر يفيد الوجوب، أو النهي يفيد التحريم. بل لابد من استحضار المصلحة المقصودة من النص.

يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: « فإن الأوامر المتعلقة بالأمور الضرورية ليست كالأوامر المتعلقة بالأمور الحاجية ولا التحسينية، ولا الأمور المكملة للضروريات كالضروريات أنفسها، بل بينها تفاوت معلوم، بل الأمور الضرورية ليست في الطلب على وزان واحد، كالطلب المتعلق بأصل الدين ليس في التأكيد كالنفس ولا النفس كالعقل، إلى سائر أصناف الضروريات. والحاجيات كذلك...؛ وكذلك التحسينيات حرفا بحرف»[1].

وعند تنزيل النصوص وتطبيق الأحكام ينبغي « مراعاة مقاصد النصوص والمصالح المتوخاة منها عند التطبيق. وهو ما يقتضي تكييفا معينا لتنزيل النصوص، وتكييفا للحالات التي تنطبق عليها النصوص والتي لا تنطبق، والحالات التي يتعين استثناؤها بصفة دائمة أو بصفة عارضة..».[2]

وعندما تغيب النصوص والأحكام في محل معين، نعتبر المصالح المترتبة عنده أو المتوقعة فيه دالة على الحكم عليه، بعد وضع تلك المصلحة ضمن سلم المصالح والمفاسد المعتبر في الشرع؛ من ضرورات وحاجات وتحسينات، أو من مصالح عامة أو غالبة أو نادرة.

ولتسليط مزيد من الضوء على هذا المسلك أنقل هذا النص للدكتور أحمد الريسوني، أنقله رغم طوله لفائدته. يقول الدكتور أحمد الريسوني:

١- الموافقات:٣/١٥٦.

٢- النص والمصلحة بين التطابق والتعارض: د أحمد الريسوني، مقال منشور بموقعه الشخصي.

«مصلحية الشريعة الإسلامية و مصلحية أحكامها مسألة لا تحتاج إلى إثبات ولا إلى بيان. فعليها عاشت الأمة سلفا وخلفا، علماء وعامة. ولم يكن للنزعة الظاهرية أن تؤثر على إجماع الأمة على اعتبار أحكام الشريعة إنما ترمي إلى حفظ مصالح العباد على أرقى وجه وأتمه، في عاجل حياتهم وآجلها.

ولكي يكون حفظ المصالح أرقى وأتم وأسلم، جاءت الشريعة لا لتقرر مبدأ رعاية المصالح فحسب، ولا لتضع تشريعاتها على أساس حفظ المصالح فحسب، بل جاءت بقواعد وموازين لحفظ المصالح، وجاءت بترتيبات وأولويات للمصالح.

وإذا كان هذا معلوما ومسلما، فإن الذي يعنيني الآن تقريره والتسليم به هو ما يترتب عنه ويتفرع عنه. وأعني على وجه الخصوص أمرين هما:

- ضرورة النظر المصلحي إلى النصوص والأحكام الشرعية، باعتبار أن وراء كل حكم شرعي مصلحة أو مصالح يرمي إلى جلبها، أو مفسدة أو مفاسد يرمي إلى دفعها. وأن ذلك هو غاية عملنا بمقتضى الحكم الشرعي والنص الشرعي، وأننا نكون متمسكين بحكم الشرع بقدر ما نحقق من مقاصده المصلحية، ونكون مضيعين له بقدر ما نفوت من مقاصده المصلحية. ولا تنافي أبدا بين هذا الاعتبار وبين اعتبار التعبد. فالتعبد ثابت من حيث إننا نفعل ذلك إيمانا وامتثالا. بل إن أكمل صور التعبد هي تلك التي تجمع بينه وبين الاعتبارات المصلحية.

- ضرورة الأخذ بمبدأ التغليب بين المصالح والمفاسد المتعارضة: فحياتنا الخاصة والعامة، وحياتنا الدينية والدنيوية - إن صح هذا التفريق - تعج بالتعارضات بين المصالح والمفاسد. فليس من المصلحة في شيء إهدار مصالح بدعوى أنها غير منصوص عليها (مثال ذلك قول ابن العربي: إذا اجتمع حائض وجنب اختلف فيه أصحاب الشافعي؛ فمنهم من قال:

الجنب أولى لأن غسله منصوص عليه!!. ومنهم من قال: الحائض أولى لأن أحكامها أكثر!! ألا ترى أنها تريد إباحة الوطء، و به أقول، والله أعلم)[1] أو ارتكاب مفاسد بدعوى أنها غير منهي عنها. وليس من المصلحة في شيء إهدار مصالح جليلة لمصلحة أدنى منها وكثير بدعوى أن هذه منصوصة وتلك مرسلة. وليس من المصلحة في شيء ارتكاب مفاسد خطيرة بدعوى أن نصا ما قد أباحها أو أباح السبيل إليها... لنعلم أن تنكرنا للمصالح الحقيقية الثابتة، وسكوتنا أو إقرارنا للمفاسد الحقيقية الثابتة، وكذلك إهدارنا للمصالح الغالبة الراجحة لنعلم أن هذا هو سبب الفصام المتوهم بين النص والمصلحة. ولرفع هذا الفصام المزعوم، لابد من الرجوع إلى الفكرة المُسَلَّمَة، وهي مصلحية الشريعة وأحكامها، ثم طرد الفكرة بثبات وتوازن، وعن علم ونظر، ومن ذلك تغليب ما غلب وترجيح ما رجح»[2].

٤- انقسام النظر المصلحي إلى صحيح وفاسد:

ينقسم النظر المصلحي إلى صحيح وفاسد، مثلما ينقسم القياس إلى صحيح وفاسد، والاجتهاد كذلك. قال الباجي:« ومما يدل على أن اسم القياس يشتمل على الصحيح والفاسد قول أهل اللسان: هذا قياس فاسد وهذا قياس صحيح، وهذا قياس باطل كما يقولون: نظر صحيح ونظر فاسد»[3].

وقد مر سابقا في التعريف اللغوي قول الإمام الآمدي: « وهو منقسم إلى ما وقف الناظر فيه على وجه دلالة الدليل على المطلوب فيكون صحيحا، وإلى ما ليس كذلك فيكون فاسدا»[4].

١- عارضةالأحوذي: ١/ ١٧٣.

٢- نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية:٣٢٢-٣٢٤.، تأليف د أحمد الريسوني، دارالكلمة، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

٣- إحكام الفصول في أحكام الأصول: ص ٥٢٩.

٤- الإحكام في أصول الأحكام: ١/ ٢٩.

ومرد فساده هو استناده إلى مصالح ملغاة بالنص، أو إعمال مصلحة مرجوحة وإهمال مصلحة راجحة. وإذا كان موضوع البحث هو النظر المصلحي الصحيح المعتبر عند العلماء بتقديم أمثلته وإبراز معالمه، فأورد هنا نموذجا للنظر المصلحي الفاسد. قال القرافي:« قوله: ومن المصالح ما شهد الشرع ببطلانه مثاله: إفتاء الملك في إفساد صوم رمضان شهرين متتابعين؛ إذ لو أفتي بعتق رقبة، لسهل عليه ذلك. قلنا: هذا المثال قد يتخيل فيه أنه ليس مما أبطله الشرع؛ لقيام الفارق بين الملوك وغيرهم، وأن الكفارة إنما شرعت زجرا، والملوك لا تنزجر بالإعتاق، فتعين ماهو زجر في حقهم. فهذا نوع من النظر المصلحي الذي تأباه القواعد. وأظهر منه انعقاد الإجماع على عدم منع زراعة الكرم، وإن أدى المنع لعدم الخمر، وعدم منع الاشتراك في المساكن، وإن أدى المنع لعدم الزنا المتوقع من قرب الدار، فسد ذريعة الخمر والزنا مصلحتان، وقد ألغيتا هاهنا إجماعا».[1]

١- نفائس الأصول في شرح المحصول: ٤/٦٩٨-٦٩٩.

٢- المصلحة: تعريفها، ومكانتها، ومتعلقاتها عند الإمامين الباجي وابن العربي

سأجمع شمل شتات ما وجدته متعلقا بالمصلحة عند كل من الإمامين الباجي وابن العربي من غير فصل بينهما، إلا ما كان من عزو كل كلام إلى صاحبه؛ وسيتضح هنا أن ابن العربي قد استأثر بالنصيب الأكبر من الإحالات، لأن كلامه عن المصلحة قد تعددت وجوهه ومتعلقاته واستدلالاته، على عكس الإمام الباجي، فكلامه عنها خاصة في كتابه الأصولي: إحكام الفصول في أحكام الأصول قد ورد غالبا في سياق الجدل مع الآراء الأصولية الأخرى فحسب.

أ- تعريف المصلحة:

عرفها الإمام أبو بكر بن العربي فقال: «المصلحة: وهو في كل معنى قام به قانون الشريعة وحصلت به المنفعة العامة في الخليقة»[1].

ب- ألفاظ قريبة من مراد المصلحة والمفسدة:

تتداول في الحقل الدلالي التشريعي مصطلحات تفيد معان قريبة من معنيي المصلحة والمفسدة. وقد أثبت ابن العربي عند الحديث عن دلالات هذه الألفاظ آراءه مما يتعلق بحقيقة المصلحة ورتبها، وهي كما يلي:

- الخير والشر:

قال ابن العربي:« قد بينا في الأنوار وغيرها الخير والشر وحقيقتهما. وإن من معانيه التي يرجع إليها أو معظمها النفع. فخيار الناس أنفع الناس للناس. فإذا قلت: هذا خير من هذا كان معناه أنفع إما لنفسه أو لغيره. وأشرف الناس بالمنفعة ما تعلق بالخلق، لأن الحسنة المتعدية أفضل من القاصرة على الفاعل، في كل حال ولكل معنى. وكذلك في العبادات من

١- القبس:٣/٧٧٩ وقد اقتصرت عليه لأني لم أجد للإمام الباجي تعريفا للمصلحة.

الصلاة، والصدقة، والصيام، وغيره»[1].

- **النفع والضرر:**

عند قوله تعالى: ﴿ **فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾ (البقرة: ١٧٣) قال ابن العربي: « وتصريفه افتعل من الضرر، كقوله: افتتن من الفتنة. أي أدركه ضرر، ووجد به. وقد تكلمنا في حقيقة الضرر والمضطر في كتاب المشكلين بما فيه كفاية. بيانه أن الضرر هو الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربى عليه. وهو نقيض النفع، وهو الذي لا ضرر فيه. ولهذا لم يوصف شرب الأدوية الكريهة والعبادات الشاقة بالضرر، لما في ذلك من النفع الموازي له أو المربي عليه»[2]. وقال أيضا:« وقد تكلمنا على حد الضرر في كتب الأصول، وبينا حده الذي يخرج عن الحدود والآداب، فلينظر هنالك. والتقريب فيه الآن أن يقال: إنه الألم الذي لا نفع معه يوازيه أو يربى عليه»[3].

وعلى أساس هذا الامتزاج بين المصالح والمفاسد يقرر ابن العربي عدم وجود مصلحة خالصة أو مفسدة خالصة. فيقول في قوله تعالى ﴿**لَا تَحْسَبُوهُ شَرًّا لَّكُم ۖ بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ** ﴾ (النور: ١١): « قد بينا في كتب الأصول حقيقة الخير، وأنه ما زاد نفعه على ضره، وحقيقة الشر ما زاد ضره على نفعه. وأن خيرا لا شر فيه هو الجنة، وشرا لا خير فيه هو جهنم؛ ولهذا صار البلاء النازل على الأولياء خيرا، لأن ضرره من الألم قليل في الدنيا، وخيره وهو الثواب كثير في الآخرة. فنبه الله تعالى عائشة ومن ماثلها ممن ناله هم من هذا الحديث أنه ما أصابهم من شر، بل هو خير، على ما وضع الله الشر والخير عليه في الدنيا من المقابلة بين الضر والنفع، ورجحان النفع في جانب

١- عارضة الأحوذي ٣/٢٩٢.

٢- أحكام القرآن: ١/٨١.

٣- أحكام القرآن: ٤/٣٠٢.

الخير ورجحان الضر في جانب الشر»[1].

ولا تتقرر غلبة الخير على الشر أو العكس بمعيار الحال، بل ينضاف إليها أيضا اعتبار المآل، وفي ذلك يقول ابن العربي في تفسير قوله تعالى ﴿وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنفَعُهُمْ﴾ (البقرة: ١٠٢): «هم يعتقدون أنه نفع لما يتعجلون به من بلوغ الغرض، وحقيقته مضرة لما فيه من عظيم سوء العاقبة، وحقيقة الضر عند أهل السنة كل ألم لا نفع يوازيه، وحقيقة النفع كل لذة لا يتعقبها عقاب ولا تلحق فيه ندامة. والضرر وعدم المنفعة في السحر متحقق»[2].

ويعطي الباجي معاني أخرى للضرر. ففي شرحه لحديث مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: لا ضرر ولا ضرار»[3].

قال الباجي:« قوله: « لا ضرر ولا ضرار» يحتمل أن يريد به التأكيد، فيكون معنى الضرر والضرار واحدا، واختار ابن حبيب هذا القول، ويحتمل أن يريد به: لا ضرر على أحد، بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه، ولا يجوز له إضراره بغيره. وقال الخشني: الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة، والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة. ومعنى ذلك - والله أعلم - أن الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر على غيره، وأن الضرار ما قصد به الإضرار لغيره، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (التوبة:١٠٧). ويحتمل عندي أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره، والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه؛ لأن هذا البناء يستعمل كثيرا بمعنى المفاعلة، كالقتال والضراب والسباب والجلاد والزحام، وكذلك الضرار فنهى النبي ﷺ عن أن ينفرد أحدهما وغيره بالإضرار

١- أحكام القرآن: ٣٦٣/٣.

٢- أحكام القرآن: ٤٩/١.

٣- الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرافق.

بجاره عن أن يقصدا ذلك جميعا»[1].

- **الخبيث والطيب:**

عرفه ابن العربي في قوله تعالى﴿ **وَلَا تَيَمَّمُواْ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ** ﴾ (البقرة: ٢٦٧) فقال:« في هذه الآية فائدة؛ وهي معرفة معنى الخبيث، فإن جماعة قالوا: إن الخبيث هو الحرام، وزل فيه صاحب العين فقال: الخبيث كل شيء فاسد، وأخذه والله أعلم من تسمية الرجيع خبيثا. وقال يعقوب: الخبيث: الحرام، وهذا تفسير منه للغة بالشرع، وهو جهل عظيم. والصحيح أن الخبيث ينطلق على معنيين: أحدهما: ما لا منفعة فيه، كقوله ﷺ:(كَمَا يَنْفِي الْكِيرُ خَبَثَ الْحَدِيد)[2]. الثاني: ما تنكره النفس، كقوله تعالَى: ﴿ **وَلَا تَيَمَّمُواْ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ** ﴾ (البقرة: ٢٦٧)»[3].

- **الباطل والحق:**

الوارد في قوله تعالى ﴿ **وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ** ﴾ (البقرة:١٨٨)؛ قال ابن العربي:« يعني: لا يحل شرعا ولا يفيد مقصودا؛ لأن الشرع نهى عنه، ومنع منه، وحرم تعاطيه، كالربا والغرر ونحوهما. والباطل ما لا فائدةَ فِيه، ففي المعقول هو عبارة عن المعدوم، وفي المشروع عبارة عما لا يفيد مقصودا[4]. وفي موضع لاحق يضيف: «في تحقيق معنى الباطل: وهو ضد الحق، والضد ربما أظهر حقيقة الضد، فإذا قلنا: إن الله هو الحق حقيقة، فما سواه باطل... وإن قلنا: إن الحق هو الحسن شرعا فالباطل هو القبيح شرعا»[5].

١- المنتقى: ٧/ ٤٠٣.

٢- موطأ مالك، كتاب الجامع، ما جاء في سكنى المدينة و الخروج منها ح ١٣٧٨.

٣- أحكام القرآن ١/ ٣١٤.

٤- أحكام القرآن ١/ ١٣٨.

٥- أحكام القرآن: ٣/ ٨.

- **الفساد والصلاح:**

عند قَوْله تَعَالَى: ﴿ أَوْ فَسَادٍ فِي ٱلْأَرْضِ ﴾ (المائدة: ٣٢) قال ابن العربي «اختلف فيه، فقيل: هو الكفر، وقيل: هو إخافة السبيل. وقيل غير ذلك مما يأتي بيانه إن شاء الله. وأصل فسد في لسان العرب تعذر المقصود وزوال المنفعة؛ فإن كان فيه ضرر كان أبلغ، والمعنى ثابت بدونه، قال الله سبحانه:﴿ لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا ﴾ (الأنبياء: ٢٢)؛ أي لعدمتا، وذهب المقصود. وقال الله سبحانه: ﴿ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ ﴾ (البقرة:٢٠٥)؛ وهو الشرك أو الإذاية للخلق، والإذاية أعظم من سد السبيل، ومنع الطريق. ويشبه أن يكون الفساد المطلق ما يزيف مقصود المفسد، أو يضره، أو ما يتعلق بغيره. والفساد في الأرض هو الإذاية للغير. والإذاية للغير على قسمين: خاص، وعام، ولكل نوع منها جزاؤه الواقع وحده الرادع، حسبما عينه الشرع»[1].

- **الجمال والقبح:**

قال ابن العربي: « وأما جمال الأفعال فهو وجودها ملائمة لصالح الخلق، وقاضية بجلب المنافع إليهم، وصرف الشر عنهم»[2].

ج- رفض التحسين والتقبيح العقليين:

ملخص هذه القضية في نظر الباجي وابن العربي أن العقل لا يوجب حسن الأشياء أوقبحها، بل الحسن والقبح خبران عن الله تعالى. فَالقَبيِح ما نهى الشرع عنه وذم فاعله، والحسن ما أمر الشرع به ومدح فاعله. وعليه فالمصلحة ما طلب الشرع إقامته وجلبه والمحافظة عليه، والمفسدة ما طلب الشارع هدمه ودفعه ورفعه.

وقد خطا ابن العربي خطوة أخرى أكبر من سابقتها، فاعتبر أن الحسن

١- أحكام القرآن: ٨٩/٢ـ٩٠.

٢- أحكام القرآن: ١١٨/٣.

والقبح ليسا صفتين ذاتيتين للفعل، والأشياء لا تقبح لذَواتها، ولا تحسن لذواتها؛ وإنما تقبح وتحسن بالشرع. وقد أفاض كل من الإمام الباجي و ابن العربي في التدليل على هذه المسألة.

أما الباجي فقد استند إلى أدلة عقلية متعددة ، وتوسع في بيانها عندما تحدث عن حكم الأشياء في الأصل حيث قال: « فالذي علقه أكثر أصحابنا أن الأشياء في الأصل على الوقف، ليست بمحظورة ولا مباحة. وقال أبو الفرج المالكي: الأشياء في الأصل على الإباحة. وقال أبو بكر الأبهري: الأشياء في الأصل على الحظر.

والدليل على ما نقوله أنه ليس في العقل حُسْنُ حَسَنٍ ولا حَظْرُ مَحْظُورٍ ولا إباحة مباح ولا وجوب واجب. لأنه لو كان كذلك لم يخل أن يعلم ذلك بضرورة العقل أو بدليله؛ ولا يجوز أن يعلم ذلك بضرورة العقل؛ لأنه لو كان ذلك كذلك لوجب ألا يختلف العقلاء فيها، لأن ما علم بضرورة العقل لا يتفق العدد الكثير والجم الغفير على إنكاره، كما لا يجوز أن يتفقوا على إنكار أن السماء فوقنا والأرض تحتنا. ولما رأينا كثيرا من العقلاء ينكرون ما ادعوه من ذلك بطل أن يكون معلوما بضرورة العقل. و يستحيل أن يعلم ذلك بدليل العقل لأنه لا دليل في العقل عندهم على حسن شكر النعمة وقبح الظلم وحظره. وإنما يعلم ذلك عندهم بضرورة العقل. وإذا بطل أن يكون في العقل عندهم حُسْنُ حَسَنٍ أو قُبْحُ قَبِيحٍ أو حظر محظور أو إباحة مباح بطل[1] أن تكون الأشياء في الأصل على الحظر أو على الإباحة.

ومما يدل على ذلك أيضا إجماع المسلمين على أن الحاظر والمبيح والموجب هو الله تعالى. ولو كان العقل يوجب ويحظر ويبيح لما جاز أن يوصف الباري ـ سبحانه ـ بأنه آمر ولا ناه و لا حاظر ولا مبيح. وإن وصف بذلك فإنما يوصف

١- ليست موجودة في النص وأضفتها من عندي حتى يصح المعنى وينتظم السياق.

به مجازا. ولما أجمع المسلمون على أن الله تعالى هو الحاظر والمبيح والموجب والآمر والناهي بطل أن يكون في العقل شيء من ذلك.

ومما يدل على ذلك أن الأعيان ملك لله عز وجل، له أن يمنع وله أن يبيح الانتفاع بها وله أن يوجب ذلك. فقبل أن يرد الشرع لا مزية لأحد هذه الوجوه على الثاني فوجب التوقف في الجميع.

ومما يدل على ذلك أن العقل لو كان يوجب إباحة شيء من هذه الأعيان أو حظره لما جاز أن يرد الشرع بخلاف ذلك، لأنه لا يجوز أن يرد الشرع بخلاف ما يوجبه العقل. ولما جاز ورود الشرع بالتحليل والتحريم دل على أن العقل لم يبح شيئا ولم يحرمه»[1].

أما ابن العربي فقد قدم رأيه في القضية في عدة مواضع منها:

- عند قَوْله تَعَالَى: ﴿وَطَفِقَا يَخْصِفَانِ عَلَيْهِمَا مِن وَرَقِ ٱلْجَنَّةِ﴾ (الأعراف:٢٢) قال ابن العربي: «المسألة الأولى: بأي شيء سترها؟: فقالت طائفة: سترها بعقله حين رأى ذلك من نفسه منكشفا، منهم: القدرية، وبه قال أقضى القضاة الماوردي. ومنهم من قال: إنه سترها استمرارا على عادته، ومنهم من قال: إنما سترها بأمر الله. فأما من قال: إنه سترها بعقله فَإنه بناها على أن العقل يوجب ويحظر ويحسن ويقبح، وهو جهل عظيم بيناه في أصول الفقه، وقد وهي أقضى القضاة في ذلك»[2]. ثم يقول بعد ذلك في نفس المسألة: « وبالجملة فإن آدم لم يأت من ذلك شيئا إلا بأمر من الله لا بمجرد عقل، إذ قد بينا فساد اقتضاء العقل لحكم شرعي»[3].

- عند قَوله تعالَى: ﴿وَأَحْسِنُوٓاْ﴾ (البقرة: ١٩٥) قال ابن العربي: «قال القاضي: الإحسان مأخوذ من الحسنِ، وهو كل ما مدح فاعله. وليس الحسن

١- الإحكام في أصول الأحكام، ص:٦٨١ ـ ٦٨٢ ـ ٩٨٣.

٢- أحكام القرآن١/ ٣١ ـ٣٢.

٣- أحكام القرآن: ١/ ٣٣.

صفة للشيء؛ وإنما الحسن خبر من الله تعالَى عنه بِمدح فاعله»[1].

- قوله تعالى:﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾(البقرة: ١٩٤)، قال ابن العربي: « هذه مسألة بكر. قال علماؤنا رحمة الله عليهم: إنما سمي الفعل الثاني اعتداء، وهو مفعول بحق، حملا للثاني على الأول على عادة العرب. قالوا: وعلى هذا جاء قوله تعالى: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ (الشورى: ٤٠). والذي أقول فيه: إن الثاني كالأول في المعنى واللفظ؛ لأن معنى الاعتداء في اللغة مجاوزة الحد، وكلا المعنيين موجود في الأول والثاني؛ وإنما اختلف المتعلق من الأمر والنهي؛ فالأول منهي عنه، والثاني مأمور به، وتعلق الأمر والنهي لا يغير الحقائق ولا يقلب المعاني؛ بل إنه يكسب ما تعلق به الأمر وصف الطاعة والحسن، ويكسب ما تعلق به النهي وصف المعصية والقبح؛ وكلا الفعلين مجاوزة الحد، وكلا الفعلين يسوء الواقع به: وأحدهما حق والآخر باطل»[2].

قَوْله تَعَالَى: ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْاْ إِلَىٰ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَإِلَى ٱلرَّسُولِ قَالُواْ حَسْبُنَا مَا وَجَدْنَا عَلَيْهِ ءَابَآءَنَآ ۚ أَوَلَوْ كَانَ ءَابَآؤُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ شَيْـًٔا وَلَا يَهْتَدُونَ ﴾(المائدة: ١٠٤). قال ابن العربي: « قد قدمنا أن العقول لا حكم لها بتحسين ولا تقبيح، ولا تحليل ولا تحريم؛ وإنما ذلك إلى الشرع؛ إذ العقول لا تهتدي إلى المنافع التي ترشد من ضلال الخواطر، وتنجي من أهوال الآخرة بما لا يهتدي العقل إلى تفصيله، ولا يتمكن من تحصيله، فكيف أن تغير ما مهده الشرع، وتبدل ما سنه وأوضحه، وذلك كله من غرور الشيطان ووساوسه وتحكمه على الخلق بالوعد الصادق: لأجلبن عليهم ولأشاركنهم ولأعدنهم. قال الله ﴿وَأَجْلِبْ عَلَيْهِم بِخَيْلِكَ وَرَجِلِكَ

١- أحكام القرآن: ١/١٦٧.

٢- أحكام القرآن ١/١٦١.

وَشَارِكْهُمْ فِي ٱلْأَمْوَٰلِ وَٱلْأَوْلَـٰدِ وَعِدْهُمْ ۚ وَمَا يَعِدُهُمُ ٱلشَّيْطَـٰنُ إِلَّا غُرُورًا ﴾ (الإسراء: ٦٤)»[١].

وقد بقيت مواضع أخرى ورد فيها نفس المعنى أعرضت عنها تحاشيا للإطالة.

وقد استدل ابن العربي على نفي التحسين والتقبيح الذاتي بالتماثل الصوري بين الأفعال المأذون فيها والأفعال المنهي عنها تماثلا تاما، وأنه لا يفرق بينها إلا الإذن الشرعي. وفيما يلي عدة مواضع أوضح فيها أدلته ووجه دلالتها على المسألة.

عند قوله تعالى: ﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَـٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ وَلَـٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ (النحل: ١٠٦)، قال ابن العربي: « هذا يدل على أن الكفر ليس بقبيح لعينه وذاته؛ إذ لو كان كذلك لما حسنه الإكراه، ولكن الأمر كما قال علماؤنا من أهل السنة أن الأشياء لا تقبح لذواتها ولا تحسن لذواتها؛ وإنما تقبح وتحسن بالشرع؛ فالقبيح ما نهى الشرع عنه، والحسن ما أمر الشرع به. والدليل على صحة ذلك أن القتل الواقع اعتداء يماثل القتل المستوفى قصاصا في الصورة والصفة، بدليل أن الغافل عن سببهما لا يفرق بينهما، وكذلك الإيلاج في الفرج عن نكاح، يماثل الإيلاج عن سفاح في اللذات والحركات، إنما فرق بينهما الإذن؛ وكذلك الكفر الذي يصدر عن الإكراه يماثل الصادر عن الاختيار؛ ولكن فرق بينهما إذن الشرع في أحدهما وحجره في الآخر، وقد أحكمنا ذلك في كتب الأصول»[٢].

- فصل ابن العربي فيما عقده مالك رضي الله عنه من فصول حول الكلام. وقد خص الباب السادس.منها للحديث عن الصدق والكذب فقال:«اعلموا

١- أحكام القرآن: ٢/ ٢٢٤.

٢- أحكام القرآن: ٣/ ١٦١ - ١٦٢.

وفقكم الله تعالى، أن الصدق لم يحسن لعينه وذاته، لأنه ليس شيء يقبح ويحسن للذات، وإنما حسن وقبح عادة لما يترتب عليها من المنافع والمضار ويكون فيها من الملاءمة والمنافرة، وحسنها وقبحها في الشرع بما يتصل بها من الأمر والنهي، والدليل على صحة ذلك أن القتل الواقع اعتداء يجانس القتل المستوفى قصاصا ويماثله في الصورة والصفة، بدليل أن الغافل عنهما لا يفرق بينهما. وكذلك إيلاجة النكاح كإيلاجة الزنا في الصورة والصفة، بدليل أن الجاهل بسببهما لا يميز بينهما، فدل على أن الأشياء لم تحسن في الشريعة ولا قبحت لأعيانها، فإنما حسنها الأمر وقبحها النهي، فإذا ثبت هذا فللشرع أن يتصرف في التحسين والتقبيح، فيحسن تارة شيئا ويقبحه أخرى، وبعكسه أيضا»[1].

ولست مقتنعا بوجاهة التفرقة بين التحسين والتقبيح الذاتي والتحسين والتقبيح الشرعي، بل إن زينة الشريعة الإسلامية تكمن في تواردها على ما هو حسن ومصلحة فشرعته، وما هو قبيح ومفسدة فنهت عنه، وما التبس على الناس أمره بينته، فما عدوه حسنا وهو في نفسه قبيح بينت غلبة مضاره على منافعه وحرمته، وما اعتبروه قبيحا وهو في نفسه مصلحة بينت غلبة منافعه على مضاره فحثت عليه.

أما عدم تمييز الجاهل أو الغافل بين الفعلين المتماثلين في الصورة، فلا يستساغ أن يقدم كأساس لهذه القضية الخطيرة في اعتبار المصالح وتفهم أسسها. فإن الغافل قد لا يفرق بين العملين المشروعين، فقد لا يفرق بين الوضوء للتبرد والوضوء للصلاة، وقد لا يفرق بين صدقة التطوع وزكاة

الفريضة؛ كما قد لا يفرق بين الممنوعات شرعا، فلا يفرق بين المقاتل رياء والمقاتل شجاعة.

نعم! الذي لا يلزم من الحسن والقبح الذاتي للأشياء هو التحسين والتقبيح

١- القبس: ٣/١١٧٠.

العقلي، وذلك لعدم قدرة العقل وقلة غنائه في إدراك عظيم المصالح فضلا عن دقائقها[1].

د- رفض التلازم بين الأحكام والمصالح:

وينبني على مسألة رفض التحسين والتقبيح العقليين رفض التلازم الواجب بين الأحكام والمصالح. فلله تعالى أن يحكم بما يشاء، ويأمر بما يشاء، وينهى عما يشاء؛ مادام أن الأفعال ليس فيها حسن يوجب الأمر بها أو قبح يوجب النهي عنها. وللتدليل على هذه القضية يستثمر ابن العربي مسألة النسخ في الأحكام. ومثالها عند قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَٰجَيۡتُمُ ٱلرَّسُولَ فَقَدِّمُواْ بَيۡنَ يَدَيۡ نَجۡوَىٰكُمۡ صَدَقَةٗۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ لَّكُمۡ وَأَطۡهَرُۚ فَإِن لَّمۡ تَجِدُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ﴾ (المجادلة: ١٢). قال ابن العربي: «فيها مسألتان، المسألة الأولى: روي عن علي بن علقمة الأنماري عن علي بن أبي طالب قال: لما نزلت﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَٰجَيۡتُمُ ٱلرَّسُولَ فَقَدِّمُواْ بَيۡنَ يَدَيۡ نَجۡوَىٰكُمۡ صَدَقَةٗ ﴾ قال لي النبي ﷺ: دينار؛ قلت: لا يطيقونه. قال: نصف دينار. قلت: لا يطيقونه. قال: فكم ؟ قلت: شعيرة. قال إنك لزهيد. فنزلت: ﴿ ءَأَشۡفَقۡتُمۡ أَن تُقَدِّمُواْ بَيۡنَ يَدَيۡ نَجۡوَىٰكُمۡ صَدَقَٰتٖ﴾ (المجادلة:١٣): قال: فبي خفف الله عن هذه الأمة»... وقد سرد المسألة كما يجب أسلم في رواية زيد ابنه عنه.

وهذا الخبر من زيد يدل على أن الأحكام لا تترتب بحسب المصالح، فإن الله تعالى قال: ﴿ذَٰلِكَ خَيۡرٞ لَّكُمۡ وَأَطۡهَرُ﴾ ثم نسخه مع كونه خيرا وأطهر. وهذا دليل على المعتزلة عظيم في التزام المصالح؛ لكن راوي الحديث عن زيد ابنه عبد الرحمن وقد ضعفه العلماء. والأمر في قوله: ﴿ذَٰلِكَ خَيۡرٞ لَّكُمۡ وَأَطۡهَرُ﴾ نص متواتر في الرد على المعتزلة، والله أعلم»[2].

١- للدكتور أحمد الريسوني حفظه الله مناقشة مستفيضة لهذه المسألة في بحثه: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي من ص٢٤١ إلى ص ٢٥٨.

٢- انظر: أحكام القرآن، ٤/ ٢٠١-٢٠٤.

قلت: الذي يظهر لي أن الدليل وإن كان على المعتزلة وفيما يذهبون إليه من وجوب الأصلح على الله، ولكنه أيضا لن ينهض دليلا على أن الأحكام لا تترتب بحسب المصالح.

نعم! قال الله تعالى في الحكم المنسوخ: ذلك خير لكم وأطهر؛ ولكن هل معنى هذا أن صيغة التفضيل «خير وأطهر» توجب أن مصلحة الحكم المنسوخ أعلى من مصلحة الحكم الناسخ؟. الذي يتضح لي من خلال حديث علي بن أبي طالب المذكور آنفا أن الحاجة إلى مناجاة النبي ﷺ كانت مصلحة عامة أو على الأقل مصلحة شائعة. وقد ثقل عليهم الالتزام بتقديم صدقة عند كل مناجاة؛ بينه قوله تعالى ﴿ءَأَشْفَقْتُمْ أَن تُقَدِّمُواْ بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَىٰكُمْ صَدَقَٰتٍ﴾ ومن ثم كانت مصلحة التخفيف، برفع وجوب تقديم الصدقة بين يدي النجوى، أعلى من مصلحة الصدقة. وقد تولى علي بن أبي طالب رضي الله عنه بيان ذلك من خلال مراجعته للنبي ﷺ في المقدار المتصدق به من دينار إلى وزن شعيرة، ثم نسخ الحكم كلية. فتبين بهذا أن مصلحة التخفيف كانت أفضل من مصلحة إيجاب الصدقة، ويشهد لهذا تقرير النبي ﷺ لعلي على مراجعته ولم ينكر عليه. ولو كان في إيجاب الصدقة مصلحة أعلى لكشف عنها النبي ﷺ لعلي ولصحابته. فقد « كان رسول الله ﷺ يبين الشرائع ويرشد إلى المصالح ﷺ»[1]. فالنسخ هنا دليل على تلازم الأحكام بالمصالح. نعم! تفضلا منه سبحانه، لا وجوبا عليه.

و ينبنى على رفض التلازم بين الأحكام والمصالح وجوبا على الله تعالى رفض الالتزام ببيان ما في الأحكام من مصالح. ففي قَوْله تَعالَى: ﴿فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ (البقرة:٢٨٢). قال ابن العربي: « فإن قيل: فهلا كانت امرأة واحدة مع رجل فيذكرها الرجل الذي معها إذا نسيت؛ فما الحكمة فيه؟ فالجواب فيه أن الله سبحانه شرع ما أراد، وهو أعلم بِالحكمة

١- عارضة الأحوذي:١٨٨/٣.

وأوفى بالمصلحة، وليس يلزم أن يعلم الخلق وجوه الحكمة وأنواع المصالح في الأحكام، وقد أشار علماؤنا أنه لو ذكرها إذا نسيت لكانت شهادة واحدة، فإذا كانت امرأتين وذكرت إحداهما الأخرى كانت شهادتهما شهادة رجل واحد، كالرجل يستذكر في نفسه فيتذكر»[1].

وعند الرد على منكري مقاصد الحج قال:« قلنا: ليس من شرط الولي مع العبد أن يفهم المقصود بجميع ما يأمره به ولا أن يطلع على فائدة تكليفه، وإنما يتعين عليه الامتثال ويلزمه الانقياد من غير طلب فائدة ولا سؤال عن مقصود»[2].

هـ- اتفاق الشرائع على أصول المصالح:

ولما كان تشريع المصالح منة من الله تعالى على عباده فقد اتفقت كلمة الرسالات السماوية على كثير من المصالح التي تقوم بها الحياة الإنسانية. فإذا اختلفت الشرائع فذلك من اختلاف وجوه المصالح لا اختلاف في أصلها. ومن أمثلة ذلك قول ابن العربي في قوله تعالى﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴾ (يوسف:٢٦) «المسألة الرابعة: قال علماؤنا: في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة لما ذكر من أخذ القميص مقبلا ومدبرا، وما دل عليه الإقبال من دعواها، والإدبار من صدق يوسف؛ وهذا أمر تفرد به المالكية كما بيناه في كتبنا. فإن قيل: هذا شرع من قبلنا. قلنا: عنه جوابان: أحدهما: أن شرع من قبلنا شرع لنا. وقد بيناه في غير موضع. الثاني: أن المصالح والعادات لا تختلف فيها الشرائع. أما أنه يجوز أن يختلف وجود المصالح فيكون في وقت دون وقت، فإذا وجدت فلا بد من اعتبارها»[3].

١- أحكام القرآن: ١/٣٣٧.

٢- القبس: ٢/٥٧٦ ـ ٥٧٧.

٣- أحكام القرآن: ٣/٥٠.

وفي قوله تعالى: ﴿ شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَٱلَّذِىٓ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِۦٓ إِبْرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰٓ أَنْ أَقِيمُوا۟ ٱلدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا۟ فِيهِ ۚ كَبُرَ عَلَى ٱلْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ ۚ ٱللَّهُ يَجْتَبِىٓ إِلَيْهِ مَن يَشَآءُ وَيَهْدِىٓ إِلَيْهِ مَن يُنِيبُ ﴾ (الشورى:١٣)؛ قال ابن العربي: « وكأن المعنى:ووصيناك يا محمد ونوحا دينا واحدا يعني في الأصول التي لا تختلف فيها الشريعة، وهي: التوحيد، والصلاة، والزكاة، والصيام، والحج، والتقرب إلى الله تعالى بصالح الأعمال، والتزلف إليه بما يرد القلب والجارحة إليه، والصدق، والوفاء بالعهد، وأداء الأمانة، وصلة الرحم، وتحريم الكفر، والقتل، والزنا، والإذاية للخلق كيفما تصرفت، والاعتداء على الحيوان كيفما كان، واقتحام الدناءات، وما يعود بخرم المروءات. فهذا كله شرع دينا واحدا وملة متحدة لم يختلف على ألسنة الأنبياء وإن اختلفت أعدادهم، وذلك قوله تعالى ﴿أَنْ أَقِيمُوا۟ ٱلدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا۟ ﴾ أي اجعلوه قائما، يريد دائما مستمرا، محفوظا مستقرا، من غير خلاف فيه، ولا اضطراب عليه... واختلفت الشرائع وراء هذا في معان حسبما أراده الله، مما اقتضته المصلحة، وأوجبت الحكمة وضعه في الأزمنة على الأمم، والله أعلم»[1].

ويقول أيضا في مصلحة حفظ النفس:«وأهم قواعد الشرائع حماية الدماء عن الاعتداء وحياطته بالقصاص كفا وردعا للظالمين والجائرين. وهذا من القواعد التي لا تخلو عنها الشرائع والأصول التي لا تختلف فيها الملل»[2].

١- أحكام القرآن ٤/ ٨٩ـ ٩٠.

٢- أحكام القرآن: ٢/ ٨٨.

و- مكانة المصلحة بين أدلة الشريعة وقواعدها:

إذ ثبتت مكانة المصلحة في هذه الشريعة الإسلامية وما سبقها من الشرائع، فقد عدت أحد أركان أصول الفقه عامة وقاعدة من قواعد المعاملات خاصة. يقول ابن العربي: « المعقد الثاني عشر: قال مالك: يقتل إذا سرق الخامسة في رواية المدنيين، وفي ذلك حديث ضعيف لا تناط بمثله إباحة المحظورات، وإنما عول مالك في هذه الرواية على المصلحة، وهي أحد أركان أصول الفقه على ما بيناه. وذلك أنا نقول وهو يجمع المسألتين في دليل واحد أن المصلحة تقتضي إذا سرق أن تقطع يمينه التي بها يتناول ما لا يحل له تنقيصا لبطشه، الذي جعله الله له قوة على الطاعة، فصرفه في المعصية. فإذا عاد إلى السرقة ثانية، اقتضت المصلحة أن ينقض سعيه الذي به توصل إلى البطش ليستوفي منه حق العقوبة، ويبقى له في البطش جارحة. فإذا عاد الثالثة إلى السرقة تبينا أن سعيه فسد بتعديه، فإذا سرق الرابعة تبينا أن سعيه فسد بتعديه، فإذا سرق الخامسة تبين أنها نفس خبيثة لا تتعظ بنفسها ولا ترتدع بآفات جوارحها فلم يبق إلا إتلافها»[1].

ويقول في قواعد المعاملات عند بيان قَوْله تَعَالَى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (البقرة : ١٨٨) «هذه الآية من قَواعد المعاملات، وأساس المعاوضات ينبني عليها وهي أربعة: هذه الآية، وقَوله تَعَالَى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ (البقرة: ٢٧٥) وأَحاديث الغرر، واعتبار المقَاصد والمصالح، وقَد نبهنا علَى ذَلك في مسائل الفروع»[2].

١- القبس: ٣/١٠٢٩ ـ ١٠٣٠.

٢- أحكام القرآن:١/١٣٧.



الفصل الثاني

أصول النظر المصلحي

تمهيد

وأريد بالأصل هنا ما يبنى عليه غيره. فالنظر المصلحي ينبني على أربعة أصول هي: التعليلي المصلحي للشريعة الإسلامية، والتفاوت بين المصالح والمفاسد ، والتمييز بين الوسائل والمقاصد، ثم أخيرا مقاصد المكلف.

ووجه استناد النظر المصلحي إلى هذه الأصول الأربعة يتضح كما يلي:

أما الأصل الأول، فإنه لما استقر عند علماء الشريعة باستقراء نصوصها وأحكامها، عامها وخاصها، وكلياتها وجزئياتها، أن الشريعة معللة بمصالح العباد؛ تقرر اعتبار المصلحة مناط الشريعة في أصولها وفروعها، يقول الإمام ابن العربي: «وعلى المقاصد انبنت أحكام الشريعة وبالمصالح ارتبطت»[1]، وصارت بذلك المصلحة الشرعية غاية مقصودة في التعامل مع النصوص، وموجهة في الاستنباط الشرعي للأحكام، وحكما وميزانا في التطبيق والتنزيل؛ وهو المراد بالنظر المصلحي. ومن ثم صار استفراغ الوسع في البحث عن علة الحكم ووجه المصلحة فيه أول خطوة يخطوها الفقيه، وصار القول باعتبار بعض أحكام الشريعة تعبدية يعني بوجه آخر اتهام النفس بالقصور عن إدراك حكمة الشارع منه ويستضعف علمه في جنب سعة الشريعة[2].

ولو نقض هذا الأصل، واعتبرت الشريعة أمرا تعبديا محضا لا يعقل له معنى ولا تدرك له مصلحة، لما أمكن القول بالنظر المصلحي ولا الحديث عن أصوله، ولا ضوابطه، ولا مجالاته. فالتعليل المصلحي للشريعة هو أصل النظر المصلحي جملة، وأصل الأصول الثلاثة الأخرى.

أما الأصل الثاني، وهو التفاوت بين المصالح والمفاسد، فأعني به التفاوت

١- ـ القبس: ١٠٣٧/٣.

٢- ـ انظر مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر بن عاشور، ص:١٣وص:٤١. وسيأتي كلام نفيس لابن العربي في المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا الباب.

بين المصالح في أنفسها، والتفاوت بين المفاسد في أنفسها، كل على حدة، والتفاوت بين المصالح والمفاسد فيما بينهما. ولو اقتصرت على مسمى «التفاوت بين المصالح» لكان كافيا، فإن درء المفسدة هو مصلحة، وإذا كانت المفسدة عظيمة فدرؤها مصلحة عظيمة. فيعود بذلك الترتيب بين المفاسد ترتيبا بين المصالح من وجه آخر.

أعود لأقول: إن المصالح ليست على وزان واحد كما هو معلوم ، فهناك الضروريات والحاجيات والتحسينيات. والضروريات أيضا ليست في مرتبة واحدة. فأولها مصلحة الدين، ثم مصلحة النفس، ثم النسل، ثم العقل، ثم المال، على اختلاف مشهور بين العلماء في الترتيب بينها[١].

كما أن المصالح تتفاوت مراتبها بحسب تعلقها بعموم الخلق ، أو بالأغلب منهم، أو بشخص معين في واقعة نادرة[٢]. وتتفاوت باعتبار مقدارها في الحال وفي المآل.

ثم إنه لما ثبت اختلاط المصالح بالمفاسد، وعزت المصالح الخالصة في الوجود، يوضح ذلك الإمام القرافي فيقول: «ثم استقراء الشريعة يقتضي أن ما من مصلحة إلا وفيها مفسدة، ولو قلت على البعد، ولا مفسدة إلا وفيها مصلحة وإن قلت على البعد، ولو في الكفر، فإن فيه تعظيم أهله وعصابته لمن شايعهم وعداوة أهل الحق له وطلب دمه وماله. وكذلك نقول في الإيمان، وإذا كان هذا في أعظم الأشياء مصلحة وأعظمها مفسدة فما ظنك بغيرهما، وقد قال الله تعالى في الخمر والميسر: ﴿ قُلۡ فِيهِمَآ إِثۡمٞ كَبِيرٞ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثۡمُهُمَآ أَكۡبَرُ مِن نَّفۡعِهِمَا ﴾ (البقرة:٢١٩).»[٣]

قلت: تأسيسا على ذلك صار النظر المصلحي ينطلق من هذا الاختلاط

١- انظر : من أجل تفعيل مقاصد الشريعة ، للدكتور جمال الدين عطية، فقد لخص اجتهادات العلماء قديما وحديثا في «ترتيب المقاصد الخمسة فيما بينها»،ص: ٢٨ ـ ٤٨.

٢- شفاء الغليل، ١٠١ ـ ١٠٢.

٣- شرح تنقيح الفصول:ص:٨٧.

ليقرر لكل أمر باعتبار ما غلب عليه؛ ومن ذاك التفاوت ليرتب المصالح ويقضي بجلب أفضلها ويرتب المفاسد ويقضي بدفع أشدها؛ فـ «الرجحان موجب لتقدم الراجح في الألفاظ والأدلة والبينات وجميع موارد الشريعة»[١].

ولو ألغي القول بالتفاوت بين المصالح والمفاسد لصار الفعل الواحد مأمورا به من جهة ما فيه من المصلحة، ومنهيا عنه من جهة ما فيه من المفسدة، في آن واحد؛ وهو من باب تكليف ما لا يطاق. ومن ثم يتوقف الحديث عن النظر المصلحي.

الأصل الثالث، وهو التمييز بين الوسائل والمقاصد: وذلك لما علم من أن موارد الأحكام على قسمين: مقاصد، وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها؛ ووسائل، وهي الطرق المفضية إليها. وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم أو تحليل، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها[٢].

وإن الشرع لما نصب المصالح وطلب تحصيلها، فقد طلب تحصيل الوسائل المفضية إليها. ولما نبه على المفاسد وحث على دفعها ودرئها، فقد حض على اجتناب الوسائل المفضية إليها. كما أنه لما نصب الأسباب فهو قاصد إلى المسببات. فالوسائل أسباب والمقاصد مسببات.

وإنما أخرت هذا الأصل عن الأصل الثاني عملا بقاعدة « التابع لا يتقدم على المتبوع»[٣] فالمقاصد وهي المصالح متبوعة والوسائل تابعة.

والأصل الرابع: مراعاة مقاصد المكلف، ذلك أنه حتى يكتمل النظر المصلحي يلزم النظر في تصرفات المكلفين، و ذلك لما جبلوا عليه من العمل على جلب مصالح أنفسهم ودفع مفاسد أنفسهم، فتتداخل في كثير من الأحيان مصالحهم مع مصالح الشارع، وقد يفضي ذلك

١- شرح تنقيح الفصول:ص: ١٢٠.

٢- شرح تنقيح الفصول: ص٤٤٩.

٣- الأشباه والنظائر،لابن نجيم الحنفي، ص: ١٣٥.

التداخل إلى التوافق أو التعارض.

والنظر في تصرفات المكلف يتم من جهتين، أولاهما: هل له نية وقصد فيما عمل أم لا ؟ فإذا عري تصرفه عن القصد لم تتعلق به الأحكام التكليفية، كفعل النائم والغافل والمجنون[1]. أما إن توفرت النية، فيلزم النظر في مدى موافقتها لقصد الشارع من ذلك العمل، ومن ثم النظر في المصالح التي يرجو المكلف تحقيقها. فإن قصد من العمل ما قصده الشارع منه كان قصده صحيحا ويبقى النظر بعد ذلك في صحة صورته. وقد عد العلماء حديث النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»[2] وحديثه «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»[3] أصلين كبيرين من أصول الإسلام. فأولهما يضبط القصد من العمل، والثاني يضبط صورته الشرعية. أما إن كان له من العمل قصد غير صحيح بطل عمله ولو بدا في الظاهر عملا شرعيا. قال الشاطبي رحمه الله: «كل من ابتغى في الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها، فعمله في المناقضة باطل. فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له، فعمله باطل»[4].

١- التعليل لغة[5]:

تأتي العلة بفتح العين وبكسرها، أما بالكسر، فهي معنى يحل بالمحل يتغير به حال المحل، ومنه سمي المرض علة. يقال: اعتل العليل علة صعبة من عل

١- انظر الموافقات: ٢/ ٢٤٦.

٢- صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب بدء الوحي، ح ١.

٣- صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور: ح ٣٢٤٣.

٤- الموافقات: ٢/٢٥٢.

٥- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل،ص:١٣. مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، تأليف الدكتور عبد الرحمن أسعد السعدي.ص:٦٨ ـ ٦٩. دار البشائر الإسلامية بيروت لبنان، الطبعة الثانية١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م. ومقاصد الشريعة: حوار مع الدكتور طه جابر العلواني، ص:٦٨ ـ ٦٩. سلسلة آفاق التجديد تحرير وحوار: عبد الجبار الرفاعي. دار الفكر المعاصر، بيروت ـ لبنان، دار الفكر: دمشق ـ سورية. ط١ ٢٠٠٢م.

يعل واعتل، أي مرض فهو عليل وأعله الله. والعلة: الحدث يشغل صاحبه عن وجهه، كأن تلك العلة قد صارت شغلا ثانيا منعه عن شغله الأول. والمعلل: دافع جابي الضرائب بالعلل. والتعلة والعلالة: ما يتعلل به. وعلله تعليلا: لها به. وهذا علة لهذا أي سبب. واعتل: إذا تمسك بحجة. وأعله: جعله ذا علة، ومنه إعلالات الفقهاء، واعتلالاتهم.

أما بالفتح: فإنها تأتي بمعنى الضرة، وبنو العلات: بنو رجل واحد، من أمهات شتى، وإنما سميت الزوجة الثانية علة، لأنها تعل بعد صاحبتها، من العلل الذي يعنى بها الشربة الثانية عند سقي الإبل، والأولى منها تسمى النهل.

و تأتي العلة أيضا بمعنى السبب، جاء في اللسان: هذا علة لهذا، أي سبب، وفي حديث عائشة: فكان عبد الرحمن يضرب رجلي بعلة الراحلة، أي: بسببها، يظهر أنه يضرب جنب البعير برجله وإنما يضرب رجلي...اهـ[1].

ولعل هذا الأخير هو المعنى المناسب للمعنى الاصطلاحي، لأن العلة سبب في ثبوت الحكم في الفرع المطلوب إثبات الحكم له.

٢- العلة اصطلاحا:

تطلق العلة في لسان أهل الاصطلاح على أمور:

الأمر الأول: هو ما يترتب على الفعل من نفع أو ضرر، مثل ما يترتب على الزنا من اختلاط الأنساب، وما يترتب على القتل من ضياع النفوس وإهدارها، وما يترتب على البيع الذي هو مقابلة مال بمال من نفع كل من المتبادلين، ودفع الحرج والمشقة عنهما لو لم يتبادلا.

الأمر الثاني: ما يترتب على تشريع الحكم من مصلحة، أو دفع مفسدة، كالذي يترتب على إباحة البيع من تحصيل النفع السابق، وما يترتب على

١- مسلم في كتاب الحج، باب بيان وجوه الإحرام وأنه يجوز إفراد الحج والعمرة، ح ٢١٢٥.

تحريم الزنا والقتل وشرع الحد والقصاص من حفظ الأنساب والنفوس.

الأمر الثالث: وهو الوصف الظاهر المنضبط، الذي يترتب على تشريع الحكم عنده مصلحة للعباد، كنفس الزنا والقتل، ولفظي الإيجاب والقبول: «بعت واشتريت».

فإنه يصح تسمية هذه الأمور الثلاثة بالعلة، فيقال: علة نقل الملك، وإباحة الانتفاع في البيع، هو الإيجاب والقبول، أو ما فيه من نفع، أو دفع الحرج والضيق والمشقة؛ ويقال: علة وجوب القصاص هي نفس القتل أو ما فيه من ضرر وهو إهدار الدماء، أو دفع العدوان وحفظ النفوس.

ولكن أهل الاصطلاح فيما بعد خصوا الأوصاف باسم العلة، وإن قالوا إنها علة مجازا لأنها ضابط للعلة الحقيقية (وهو اختيار كل من الباجي وابن العربي، فكلاهما يعرف العلة بأنها الوصف الجالب للحكم)[1].

وسموا ما يترتب على الفعل من نفع أو ضرر حكمة مع اعترافهم بأنها العلة على الحقيقة.

وسموا ما يترتب على التشريع من منفعة أو مضرة بالمصلحة، أو مقصد الشارع من التشريع؛ وبعضهم أطلق عليه لفظة الحكمة، كما أنهم قالوا:إنه العلة الغائية، كل ذلك محاولة للتمييز بين هذه الأمور[2].

وللعلة أسماء منها: السبب، والباعث، والحامل، والمناط، والدليل، والمقتضي وغيرها، وهذه الأسماء يطلق كل منها على العلة باعتبار معين[3].

والتعليل: تقرير ثبوت المؤثر لإثبات الأثر. وقيل: إظهار علية الشيء، سواء أكانت تامة أم ناقصة[2].

١- إحكام الفصول في أحكام الأصول: ص:١٧٤ والمحصول: ص ١٢٤.

٢- تعليل الأحكام: ص١٣.

٣- مقاصد الشريعة: حوار مع الدكتور طه جابر العلواني، ص:٦٨ ـ ٦٩

ولا أقصد في هذا الفصل أن أستقصي مباحث التعليل كما يتداولها الأصوليون. ولكني أردت أن أقدم نماذج تتضح بها الأوجه الثلاثة لمسمى العلة التي قدمتها من قبل في التعريف الاصطلاحي، كما أحببت أن أقدم نماذج تلفي فيها مصطلحات قليلة التداول في كتب أصول الفقه. وقبل كل ذلك أورد هنا عرضا لموقف أبي بكر بن العربي من تعليل الشريعة كما لخصه هو في كتابه المحصول.

٣- خلاصة رأي ابن العربي من تعليل الشريعة.

قال ابن العربي: «الفصل السابع في ذكر ما يعلل وما لا يعلل من الأحكام: اعلموا وفقكم الله أن الأحكام العقلية والشرعية على قسمين: منها ما يعلل ومنها ما لا يعلل.

فأما القول في تعليل الأحكام العقلية فقد بين في موضعه. وأما القول في الأحكام الشرعية فهذا بيانه فنقول: الغالب في أحكام الشرع اتساقها في نظام التعليل إلا نبذا شذت لا يمكن فيها إلا رسم اتباع دون أن يعقل شيء من معناها، ولكن فرض المجتهد إذا جاء حكم وعرضت نازلة أن يلحظ سبيل التعليل ويدخلها في محك السبر والتقسيم فإن انقدح له معنى مخيل أو ظهر له لامع من تعليل فينبغي له أن يجعله مناط حكمه، ويشد عليه نطاق علمه، فإن أبهمت الطريق، ولم يتضح له سبيل، ولا اتفق تركَ الحكمَ بحاله وتحقق عدم نظرائه وأشكاله.

ونحن نضرب لكم في ذلك ثلاثة أمثلة تتخذونها دستورا:

المثال الأول، العبادات: وهي نوع لا يجري فيها تعليل بحال لأن يعقل معناها؛ بل إن قياس الشبه يدخلها كقول علمائنا رحمة الله عليهم في الوضوء: عبادة فافتقرت إلى النية كالصلاة...وكقولهم: إن القيم في الزكاة لا تجوز لأنها عبادة فاقتصرت مورد الأمر دون التعليل كالوضوء والصوم وأمثال ذلك كثيرة.

المثال الثاني: ما يجري فيه التعليل قطعا كالبيوع، والأنكحة، والقصاص، والشهادات، والوكالات، وأمثال ذلك من المعاملات. فهذا كله يجري التعليل ويلحق فيه الفروع بالأصول.

المثال الثالث، وهو نوعان:

النوع الأول: تعليل أصل بأصل، كتعليل النكاح بالبيوع، فهذا اختلف فيه العلماء فرأى بعضهم إن كل واحد منهما أصل نفسه مقام عن صاحبه في أحكامه معلل فروعه بأصوله؛ وهو الشافعي رحمه. ورأى مالك وأبو حنيفة إن كان واحد منهما محمول صاحبه فيما يشتركان فيه في التعليل[1]» اهـ.

و النص واضح الدلالة في بيان موقف ابن العربي من التعليل:

فالغالب على أحكام الشرع اتساقها في نظام التعليل إلا نبذا شذت. فيجب على المجتهد أن ينطلق من هذا الأصل في كل حكم يأتي، أو نازلة تنزل، وأن يبحث عن علته بشتى طرق التعليل؛ فإن ظفر بمعنى مناسب جعله مناط حكمه، وأن لا يفر إلى التعبد إلا إذا انسدت طرق التعليل وانطمست وجوهه، فحينها يترك الحكم بحاله ويتحقق عدم وجود فروع قابلة للقياس عليه.

ـ أن العبادات لا يجري فيها التعليل، أي أنها لا تخضع القياس؛ ولا يعني ذلك أنها عرية عن المصالح وإن كنا لا نعلمها ولا ندرك وجهها.

١- المحصول في أصول الفقه، ص: ١٣٢ ـ ١٣٤.

الأصل الأول : التعليل المصلحي للشريعة الإسلامية

المبحث الأول : التعليل بالأوصاف الظاهرة المنضبطة

المطلب الأول: التعليل بالأوصاف الظاهرة المنضبطة عند الإمام الباجي:

١- تعليل الجمع بين الظهر والعصر في السفر و يوم عرفة بعرفة :

مَالك، عَنْ ابْنِ شِهَاب أَنَّهُ سَأَلَ سَالمَ بْنَ عَبْدِ اللَّه: هَلْ يُجْمَعُ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ فِي السَّفَرِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ لا بَأْسَ بِذَلِكَ. أَلَمْ تَرَ إِلَى صَلَاةِ النَّاسِ بِعَرَفَةَ![١]

قال الباجي: قول سالم: «يجمع بين الظهر والعصر في السفر» وتمثيله ذلك بصلاة الناس بعرفة، جواب هل، إلا أن يكون اختصر بعض السؤال. ولعل السائل إنما سأله عن الجمع بينهما بإثر الزوال لمعنى يقتضي ذلك من الرحيل من المنزل ذلك الوقت، فأعلمه سالم بأن الجمع بينهما في ذلك الوقت جائز، لأن ذلك الوقت وقت العصر على وجه الضرورة، ولولا ذلك لما جمع بينهما كما لا يجمع بينهما قبل الزوال؛ لأنه لا يجوز تقديم الصلاة قبل وقتها للضرورة، وإنما يجوز تقديم الصلاة قبل وقتها المختار إلى وقتها على وجه الضرورة، وعلة الجمع مختلفة في الموضعين؛ لأنه إنما جمع بينهما بعرفة لحاجة الناس إلى الاشتغال بالدعاء والتفرغ له إلى غروب الشمس، فشرع تقديمها لذلك، ولما كانت العلة عامة وأصلها للشريعة لحقت بالواجب.

وأما علة المسافر بمعنى المشقة التي تلحقه بالنزول لصلاة العصر، وهي علة غير عامة، ولكنها شائعة وهي الرفق بالإنسان دون التفرغ للشريعة فأوجبت الإباحة»[٢].

١- الموطأ، كتاب قصر الصلاة في السفر، باب الجمع بين الصلاتين في الحضر والسفر.

٢- المنتقى: ٢/٢٤٥.

٢- اعتبار الحكم خاصا لعدم إمكان التحقق من العلة:

- باب النوم عن الصلاة:

مَالك، عَنْ ابْن شهَاب، عَنْ سَعيد بْن الْمُسَيَّب أَنَّ رَسُولَ اللَّهَّ ﷺ حينَ قَفَلَ منْ خَيْبَرَ، أَسْرَى حَتَّى إِذَا كَانَ منْ آخر اللَّيْل، عَرَّسَ وَقَالَ لبلَال: « اكْلَأْ لَنَا الصُّبْحَ » وَنَامَ رَسُولُ اللَّهَّ ﷺ وَأَصْحَابُهُ، وَكَلَأَ بلَالٌ مَا قُدِّرَ لَهُ، ثُمَّ اسْتَنَدَ إِلَى رَاحلَته، وَهُوَ مُقَابلُ الْفَجْر، فَغَلَبَتْهُ عَيْنَاهُ، فَلَمْ يَسْتَيْقظْ رَسُولُ اللَّهَّ ﷺ، وَلَا بلَالٌ، وَلَا أَحَدٌ منْ الرَّكْب، حَتَّى ضَرَبَتْهُمْ الشَّمْسُ، فَفَزعَ رَسُولُ اللَّهَّ ﷺ، فَقَالَ بلَالٌ: يَا رَسُولَ اللَّهَّ، أَخَذَ بنَفْسي الَّذي أَخَذَ بنَفْسكَ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهَّ ﷺ:«اقْتَادُوا ». فَبَعَثُوا رَوَاحلَهُمْ، وَاقْتَادُوا شَيْئًا ثُمَّ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهَّ ﷺ بلَالًا فَأَقَامَ الصَّلَاةَ، فَصَلَّى بهمْ رَسُولُ اللَّهَّ ﷺ الصُّبْحَ، ثُمَّ قَالَ حينَ قَضَى الصَّلَاةَ: « مَنْ نَسيَ الصَّلَاةَ فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا» فَإِنَّ اللَّهَّ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ في كتَابه: ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكۡرِيٓ﴾(طه: ١٤)[1].

قال الباجي في الشرح: قوله ﷺ:«اقتادوا»، يريد أن يقتادوا رواحلهم، قال:

« فبعثوا رواحلهم واقتادوا شيئا». اختلف الناس في تأويل أمره لهم بالاقتياد مع وجوب المبادرة إلى الصلاة الفائتة بإثر الاستيقاظ من النوم، وترك كل ما منع، فقال عيسى بن دينار، وعبد الله بن وهب: هو منسوخ...وقد ذكر أصحابنا ممن منع نسخ هذا الفعل في ذلك وجهين، أحدهما أنه ﷺ أمر بالاقتياد لئلا يبقى من أصحابه نائم. وقد كانوا نصبوا من طول السري فأشفق أن يبقى منهم جماعة لا يستيقظون بالأذان والإقامة، والرحيل يعم جميعهم، ويوقظ أولهم وآخرهم.

والثاني: وهو الأبين أن النبي ﷺ علل وجه الاقتياد والامتناع من الصلاة في ذلك الوادي بما ذكره في حديث زيد بن أسلم:«أن هذا واد به شيطان» وهذه علة لا طريق لنا إلى معرفتها، فلا يلزمنا العمل بها، ومن استيقظ منا

١- الموطأ، كتاب وقوت الصلاة، باب النوم عن الصلاة.

لصلاة في بطن واد، وجب عليه فعلها لأنا لا ندري هل فيه شيطان أم لا؟

وقد ذكر محمد بن مسلمة في المبسوط نحو هذا، ولو علمنا ذلك الوادي الذي أمر النبي ﷺ بالخروج منه وجرى لنا فيه مثل ذلك، فقد ذهب الداودي إلى أنه لا تجوز الصلاة فيه للعلة التي ذكرها نبينا ﷺ، ويحتمل أيضا أن تجوز الصلاة فيه لأنا لا ندري هل بقي الشيطان فيه أم لا؟ ولعله قد ذهب، فلا يجوز لنا ترك العبادة إلى صلاة قد فات وقتها وتعين فعلها لعلة لا ندري هل هي باقية أم لا ؟»[1]

٣- دوران الحكم مع علته وجودا وعدما:

- المثال الأول: جواز الاجتماع لقيام رمضان

مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ صلى في المسجد ذات ليلة فصلى بصلاته ناس ثم صلى الليلة القابلة فكثر الناس ثم اجتمعوا من الليلة الثالثة أو الرابعة فلم يخرج إليهم رسول الله ﷺ فلما أصبح قال قد رأيت الذي صنعتم ولم يمنعني من الخروج إليكم إلا أني خشيت أن تفرض عليكم وذلك في رمضان[2].

قال الباجي: «قوله: « ثم اجتمعوا في الليلة الثالثة والرابعة فلم يخرج إليهم» لا يدل على المنع من ذلك لإقراره لهم في الليلتين المتقدمتين عليه، ولا يدل على النسخ لأنه علل امتناعه من الخروج، فإنه خشي أن يفرض عليهم، فإذا زالت العلة بانقطاع الفرض بعده ذهب المانع وثبت جواز الاجتماع لقيام رمضان»[3].

- المثال الثاني: المنع من قتل النساء في الغزو أو جوازه

عَنْ مَالِك عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَأَى فِي بَعْضِ مَغَازِيهِ

١- المنتقى: ١/٢٥٣ ـ ٢٥٤.

٢- الموطأ، كتاب الصلاة في رمضان، باب الترغيب في الصلاة في رمضان.

٣- المنتقى: ٢/ ١٤٤.

امْرَأَةً مَقْتُولَةً ، فَأَنْكَرَ ذَلِكَ ، وَنَهَى عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ[١] .

قال الباجي: ...«فهذا يقتضي أن المنع من قتل النساء والصبيان؛ لأنهم لا يقاتلون، وفيهن معنى آخر، أنهن من الأمور التي يستعان بها على العدو، وينتفع بها دون مخافة منهن، فأما إن قاتلوا، فإنهن يقتلن؛ لأن العلة التي منعت من قتلهن عدم القتال منهن، فإذا وجد منهن وجدت علة إباحة قتلهن؛ لأن الحاجة داعية إلى دفع مضرتهن وإزالة منعهن الموجود في الرجال»[٢].

٤- تعليل الحكم بعلتين:

قَالَ مَالك: لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسْتَثْنَى جَنِينٌ فِي بَطْنِ أُمِّه إِذَا بِيعَتْ لأَنَّ ذَلكَ غَرَرٌ لَا يُدْرَى أَذَكَرٌ هُوَ أَمْ أُنْثَى؟ أَحَسَنٌ أَمْ قَبِيحٌ؟ أَوْ نَاقِصٌ أَوْ تَامٌّ؟ أَوْ حَيٌّ أَوْ مَيْتٌ؟ وَذَلِكَ يَضَعُ مِنْ ثَمَنِهَا[٣].

قال الباجي في الشرح: «وهذا كما قال إنه لا يجوز أن تباع أمة أو شيء من إناث الحيوان ويستثنى جنين في بطنها. وعلل ذلك بعلتين، إحداهما: أنه مجهول الصفة والحياة، والثانية أنه ينقص ذلك من ثمنها، وهذان تعليلان صحيحان»[٤].

٥- تنقيح المناط: وهو القياس بإلغاء الفارق:

مَالك أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَاب عَنْ إِيلَاءِ الْعَبْدِ فَقَالَ: هُوَ نَحْوُ إِيلَاءِ الْحُرِّ، هُوَ عَلَيْهِ وَاجِبٌ وَإِيلَاءُ الْعَبْدِ شَهْرَانِ[٥].

قال الباجي: «قوله إيلاء العبد نحو إيلاء الحر، وهو عليه واجب يريد أنه واجب نحو إيلاء الحر في لزومه حكم الأيمان واعتباره مدة التربص،

١- الموطأ، كتاب الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو.

٢- المنتقى: ٤/٣٣٢ ـ ٣٣٣.

٣- الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العربان.

٤- المنتقى: ٦/ ٣٦.

٥- الموطأ، كتاب الطلاق، باب إيلاء العبد.

والتوقيف عند انقضائها مع بقاء اليمين، فإن فاء وإلا طلق عليه، ووجه ذلك أن إيلاءه تعلق بالمنع من الوطء عاريا عن العذر والمنفعة، مدة تزيد على مدة التربص»[1].

المطلب الثاني: التعليل بالأوصاف الظاهرة المنضبطة عند ابن العربي:

١- تعليل الكفارة بمطلق الفطر العمد:

رد ابن العربي على من قيد إيجاب الكفارة في رمضان بالجماع، دون غيره من صور الفطر، كالأكل والشرب؛ انطلاقا من محاورة الأعرابي للنبي ﷺ حيث قال:«قال الأعرابي: احترقت، هلكت، قال له: وماذا فعلت؟ قال: أصبت أهلي وأنا صائم. فأمره النبي ﷺ، بالكفارة، وتعلقت بمعنى الفعل، وهو هتك الحرمة بالفطر لا بلفظه، وهي الإصابة. وقال الشافعي: يتعلق الحكم بلفظ الجماع لأن الأكل ليس في معناه، ألا ترى أنه لم يساوه في تحريم الملك(الملة)[2] فكذلك لا يساويه في تحريم رمضان؛ فإن الرجل إذا زنى بزوج الغير يرجم، فإذا أكل مال الغير أدب.

قلنا: وإن افترقا في تحريم الملك(الملة) إلا أنهما قد استويا في التحريم ههنا، وفي الهتك؛ فإنهما يباحان جميعا ليلا في الزوجة، ويحرمان نهارا إباحة مستوية وتحريما مستويا. وزيادة التحريم في ملك الغير مسألة أخرى لها حكمها وقد نيطت بها عقوبتها. فأما في مسألتنا فقد هتك حرمة رمضان بفطر متعمدا فلزمته الكفارة، كما لو جامع. ويعتضد هذا بقوله إن رجلا أفطر في رمضان فأمره أن يكفر، وهذا هو الإيماء الصريح الدال على صحة علة الأصل كقوله زنى فرجم، وسها فسجد وسرق فقطع

١- المنتقى: ٥/ ٢٥٠.

٢- وفي النسخة المحققة: الملة، ولعل الصواب: الملك، أعني ملك الغير. ومستند التصويب المقابلة التي عقدها الشافعي رضي الله عنه بين مال الغير وزوج الغير عندما قال: فإن الرجل إذا زنى بزوج الغير يرجم، فإذا أكل مال الغير أدب.

ولا يحصى ذلك كثرة»[1].

٢- اطراد تحريم المناجاة:

صوب ابن العربي رأي مالك رضي الله عنه القاضي بتحريم المناجاة من غير اعتبار لعدد المتناجين إذا كان المناجى دونهم قليلون فقال:

«قال ابن القاسم عن مالك: لا يتناجى ثلاثة دون يعني أربع، وهذا صحيح؛ لأن العلة إذا علمت بِالنظر اطردت حيثما وجدت، وتعلّق الحكم بها أينما كانت. وقد بينا أن علة النهي تحزين الواحد، وهو موجود في كل موضع، وكلما كثر العدد كان التحزين أكثر، فيكون المنع آكد»[2].

٣- صورة رجوع المضارة في الدين:

عند تفسير قوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ (النساء:١٢)، قال ابن العربي: «وذلك راجع إلى الوصية والدين...أما رجوع المضارة إلى الدين فبالإقرار في حالة لا يجوز فيها لشخص الإقرار له به، كما لو أقر في مرضه لوارثه بدين أو لصديق ملاطف له، فإن ذلك لا يجوز عندنا إذا تحققنا المضارة بقوة التهمة، أو غلب على ظننا.(قال الباجي: وما أقر به الرجل في حال المرض، لزمه ما لم يقر به لوارث. هذا جملة قول أهل المدينة، وبه قال مالك وأصحابه رضي الله عنهم وعليه العمل[3]).

وقال أبو حنيفة: يبطل الإقرار رأسا. وقال الشافعي: يصح.

ومطلع النظر أنا لمحنا أن الموروث لَما علم أن هبته لوارثه في هذه الحالة أو وصيته له لا تجوز، وقد فاته نفعه في حال الصحة عمد إلَى الهبة فألقاها

١- القبس: ٥٠٣/١.

٢- أحكام القرآن: ٦٢٨/١.

٣- فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام: ص:٣٩٨. دراسة وتحقيق الأستاذة الباتول بن علي. مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

بصورة الإقرار لتجوزها؛ ويعضد هذه التهمة صورة القرابة وعادة الناسِ بِقلة الديانة.

ومطلع نظر أبي حنيفة نحو منه؛ لكنه ربط الأمر بصفة القرابة حين تعذر عليه الوقوف على التهمة، كما علقت رخص السفر بصورة السفر حين تعذر الوقوف على تحرير المشقة ووجودها.

وراعى الشافعي في نظره أن هذه حالَة إخبار عن حق واجب يضاف إلى سبب جائز في حالة يؤمن فيها الكافر، ويتقي فيها الفاجر، ويتوب فيها العاصي، فأمضاه عليهم، وجوزه.

فإن قال: الإقرار حجة شرعية فلا يؤثر فيها المرض.

قلنا: وإِن كان الإقرار حجة شرعية فإن الهبة صلة شرعية، ولكن حجرها المرض. كذلك تحجر التهمة الإقرار، وكما ردت التهمة الشهادة أيضا.

وأما نظر أبي حنيفة إلى صورة القرابة ففيه إلغاء العلة في غير محلها وقصر لها على موردها. وينبغي أن تطرد العلة حيث وجدت ما لم يقف دونها دليل تخصيص، فعلى هذا إذا وجدنا التهمة في غير القريب من صديق ملاطف حكمنا ببطلان الإقرار، وكم من صديق ألصق من قريب وأحكم عقدة في المودة» [1].

٤- تعليل طهارة المؤمن على كل حال:

ومستند هذا الحكم حديث «أبي هريرة أن النبي ﷺ لقيه وهو جنب. قال: فانبجست، أي فانخنست، فاغتسلت ثم جئت. فقال: أين كنت؟ أو: أين ذهبت؟ قلت: إني كنت جنبا. قال: إن المسلم لا ينجس» [2].

استنبط ابن العربي من الحديث أن المؤمن لا ينجس حيا، ولا ميتا،

١- أحكام القرآن: ١/٤٥٣-٤٥٤.

٢- سنن الترمذي، كتاب الطهارة، باب ما جاء في مصافحة الجنب.

حائضا، ولا جنبا؛ محدثا، ولا طاهرا؛ لقوله ﷺ: إِنَّ الْمُؤمن لَا يَنْجُسُ. فذكر الإيمان وصفا في الحكم. وذكر الصفة في الحكم تعليل فكأنه قال: لإيمانه، كقوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ (المائدة:٣٨) أي لسرقتهما. وإنما ينجس الكافر لقوله سبحانه: ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ ﴾ (التوبة:٢٨) وبهذا قال الشافعي في قوله الجديد. وقال في القديم: ينجس بالموت، وهو قول أبي حنيفة. وعجبا للشافعي في قوله القديم: يبقي حكم الإحرام بعد الموت فيقول: المحرم إذا مات لا يمس طيبا ولا يخمر رأسه لبقاء حكم الإحرام، ويقول: لا يبقى حكم الإسلام من الطهارة بعد الموت[١].

٥- تعليل النهي عن دخول المسجد بريح الثوم:

قال ابن العربي: «ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: من أكل ثوما أو بصلا أو كراثا فلا يقربن مسجدنا...وذكر النبي ﷺ في ذلك ثلاث علل؛ قوله: يؤذينا بريح الثوم، وقوله: فإن الملائكة تتأذى بما يتأذى منه بنو آدم... والعلة الثالثة قوله: فلا يقرب مساجدنا ومسجدنا، فذكر الصفة في الحكم وهي المسجدية، وذكر الصفة في الحكم تعليل؛ لأن الأسماء التي علقت عليها الأحكام على قسمين: أحدهما مشتق والآخر جامد. فإذا علق الحكم على اسم مشتق أفاد الحكم والعلة كقوله أكرم العالم ومعناه لعلمه.

وإذا كان الاسم جامدا لم يفد إلا ما قيدته الإشارة وهو بيان المحل كقوله أكرم زيدا. وعلى القسم الأول جاء قوله سها فسجد، وزنا فرجم، وقتل فقتل. وهذا يدل على مسألة حسنة من أصول الفقه وهي تعلق الحكم الشرعي بعلل كثيرة كامتناع من وطء الحائض المحرمة الصائمة بخلاف العلل العقلية فإن الحكم لا يتعلق منها إلا بواحدة»[٢].

١- عارضة الأحوذي:١/ ١٦٢.

٢- القبس:١/١١٢-١١٣.

٦- علة استئناف صلاة التراويح:

أوضح ابن العربي وجه استئناف عمر رضي الله عنه لصلاة التراويح جماعة خلف إمام واحد، وذلك بعد أن توقفت في عهد النبي ﷺ بامتناع خروجه ﷺ للمصلين. قال ابن العربي: «ثم جاء عمر رضي الله عنه، والأمور منتظمة والقلوب لعبادة الله تعالى فارغة والنفوس إلى الطاعات صبة. فلما رآهم في المسجد أوزاعا رأى أن ينظم شملهم بإمام واحد أفضل دينا، وأكثر انتفاعا فجمعهم على أُبَيٍّ اقتداء برسول الله ﷺ، في لياليه الثلاث، التي صلى فيها، ولعلمه بأن العلة التي ترك النبي ﷺ الصلاة لها من خوف الفريضة قد زال فصار قيام رمضان سنة للاقتداء بالنبي ﷺ بعد زوال العلة التي تركه لأجلها... وهذا يدل على أن الحكم إذا ثبت لعلة واحدة وجد بوجودها وعدم بعدمها.

قال لنا فخر الإسلام أبو بكر الشاشي بمدينة السلام في الدرس: إذا ثبت الحكم في الشريعة بعلة وجد بوجودها وعدم بعدمها، ما لم تثر العلة لفظا مطلقا. فإن أثارت لفظا مطلقا تعلق الحكم به، ولا ينظر إلى العلة وجدت أو عدمت. مثاله: ما روي أن النبي ﷺ إنما سعى في الطواف لإظهار الجلد للمشركين، وقد زالت العلة لكن بقي قوله لأصحابه اسعوا وسعيه ﷺ في حجة الوداع والعلة قد زالت فتعلق الحكم بذلك وسقط اعتبار العلة»[1].

٧- تعليق تمكين اليتيم من ماله بتبين رشده:

قال ابن العربي في قوله تعالى ﴿وَءَاتُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ (النساء:٢): «إن كان المعنى بالآية الإنفاق فذلك يكون ما دامت الولاية، ويكون اسم اليتم حقيقة كما قدمناه. وإن كان الإيتاء هو التمكين وإسلام المال إليه فذلك عند الرشد، ويكون تسميته يتيما مجازا؛ المعنى الذي كان يتيما.

وقال أبو حنيفة: إذا بلغ خمسا وعشرين سنة أعطي ماله على أي حال كان. وهذا باطل؛ فإن الآية المطلقة مردودة إلى المقيدة عندنا.

١- القبس:١/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣ ـ ٢٨٤.

والمعنى الجامع بينهما أن العلة التي لأجلها منع اليتيم من ماله هي خوف التلف عليه بغرارته وسفهه؛ فما دامت العلة مستمرة لا يرتفع الحكم، وإذا زالت العلة زال الحكم؛ وهذا هو المعني بقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ (النساء:٦)»[١].

٨- علة النهي عن الصلاة في حالة سكر:

علق ابن العربي على قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ ﴾ (النساء:٤٣) قائلا: «...لا يعلم ما يقرأ، ولا يعقل في الصلاة إذا دافعه الأخبثان، أو كان بحضرة طعام، ولذلك قال: ﴿حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ ﴾ وهي العلة في النهي، فبين العلة في النهي، فحيثما وجدت، بأي سبب وجدت، يترتب عليها الحكم، وقد أغنى هذا اللفظ عن علم سبب الآية، لأنه مستقل بنفسه»[٢].

١- أحكام القرآن:١/ ٤٠٣ـ ٤٠٤.

٢- أحكام القرآن: ٥٥٢/١ـ٥٥٣.

المبحث الثاني: التعليل المصلحي للشريعة الإسلامية

المطلب الأول: أمثلة للتعليل المصلحي للشريعة الإسلامية عند الباجي:

١- وجه المصلحة في أوقات الصلاة:

وقت صلاة الظهر: قال الباجي: «يستحب تأخير صلاة الظهر في مساجد الجماعة إلى أن يفيء الفيء ذراعا. قال ابن حبيب: وذلك في مساجد الجماعة، وأما الرجل في خاصة نفسه، فأول الوقت أفضل. وحكى القاضي أبو محمد أن ذلك للفذ. وقال الشافعي: إن أداءها على كل وجه أول الوقت أفضل.

...والدليل لنا على الشافعي حديث عمر بن الخطاب: «أن صلوا الظهر إذا فاء الفيء ذراعا» وإنما خاطب بذلك عماله وأمراءه الذين يقيمون الصلاة في مساجد الجماعة، ومحال أن يأمرهم بأن يتعدوا بالصلاة أفضل أوقاتها.

ومن جهة المعنى أنه لا خلاف أنه لا يؤذن لها إلا في أول وقتها، وهي صلاة ترد على الناس غير متأهبين، بل تجدهم نياما غافلين في أغلب الأحوال، فلو صلى الإمام عقيب الأذان لفاتت أكثر الناس، فاستحب تأخيرها إلى أن يفيء الفيء ذراعا، فيدرك من يحتاج الغسل الصلاة، ويدركها من كان نائما بعد أن يستيقظ ويتوضأ ويروح إليها...»

وقت صلاة العصر: قال الباجي: «إن أداءها في مساجد الجماعات وغيرها في أول وقتها أفضل، هذا قول جمهور أصحابنا. وقال أشهب وأحب إلينا أن يزاد على القامة ذراع لا سيما في شدة الحر. وقال ابن حبيب: ويستحب تقديمها يوم الجمعة أكثر من تقديمها في سائر الأيام رفقا بالناس بتعجيل إيابهم إلى منازلهم. وقال أبو حنيفة بالتأخير في ذلك كله.

والدليل على قول الجمهور أن وقتها يأتي على الناس في الأغلب وهم

متأهبون للصلاة، رواه في المبسوط ابن وهب عن مالك».

وقت صلاة المغرب: قال الباجي: «يستحب أداء المغرب في أول وقتها، ولا خلاف في ذلك بين أهل السنة. ووجه ذلك أنها تصادف الناس متأهبين لها منتظرين أداءها كصلاة الجمعة. ووجه آخر، وهو أن في ذلك رفقا بالصائم الذي شرع له تعجيل فطره بعد أداء صلاته».

وقت صلاة العشاء: قال الباجي: «إن الإتيان بصلاة العشاء في أول وقتها عند مغيب الشفق وبعد ذلك قليلا أفضل، وهو الذي رواه ابن القاسم عن مالك، وكره تأخيرها إلى ثلث الليل، وبه قال الشافعي. وروى العراقيون من أصحابنا عن مالك، أن تأخيرها أفضل، وبه قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول، على ما ذكرناه قبل هذا من الأدلة على أن الصلاة في أول الوقت أفضل، فيغني عن إعادته.

ووجه القول الثاني، حديث أم كلثوم بنت أبي بكر، عن عائشة: أعتم النبي ﷺ حتى ذهب عامة الليل وحتى نام أهل المسجد، خرج فصلى، فقال: « إنه لوقتها لولا أن أشق على أمتي»، وهذا ليس ببين لأن النبي ﷺ قد رأى الفضل في التخفيف. وقد قال ابن حبيب: إنه يستحب تأخيرها في الشتاء شيئا، وهذا لطول الليل. وهذا وجه حسن، لأنه ليس في ذلك مشقة على الأمة، ويستحب تأخيرها في رمضان أكثر من ذلك شيئا توسعة على الناس في إفطارهم، وهذا أيضا وجه صحيح لما فيه من الرفق بالناس»[١].

وقت صلاة الجمعة: قال الباجي: «إن سنتها أن يهجر إليها قبل وقتها، وأن تصلى في أول وقتها، لأن في تعجيلها إدخال الراحة على الناس بسرعة رجوعهم إلى منازلهم»[٢].

١- انظر: المنتقى: ١/ ٢٢١ ـ ٢٢٢ ـ ٢٢٣ ـ ٢٢٤ ـ ٢٢٥ ـ ٢٢٦.

٢- المنتقى: ١/٢٣٣ ـ ٢٣٥.

٢- وجه المصلحة في تأخير الجواب عن السائل عن وقت الصلاة:

مَالك، عَنْ زَيْد بْن أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْن يَسَار أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنْ وَقْت صَلَاة الصُّبْح، قَالَ: فَسَكَتَ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى إذَا كَانَ منْ الْغَد صَلَّى الصُّبْحَ حينَ طَلَعَ الْفَجْرُ ثُمَّ صَلَّى الصُّبْحَ منْ الْغَد بَعْدَ أَنْ أَسْفَرَ ثُمَّ قَالَ: أَيْنَ السَّائلُ عَنْ وَقْتِ الصَّلَاةِ؟ قَالَ: هَأَنَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ! فَقَالَ: «مَا بَيْنَ هَذَيْنِ وَقْتٌ»[١].

أفاض الباجي في بيان وجه تأخير النبي ﷺ جواب السائل. ومن هذه الأوجه:

-أنه ترك تعجيل القول في ذلك حتى بينه بالفعل قصدا إلى المبالغة في البيان وأنه أقرب إلى المتعلم وأسهل عليه.

يحتمل أن يريد بذلك البيان للجماعة لأنه لو أخبر السائل لانفرد بعلم ذلك، والصلاة جامعة يحضرها معه كثير من الصحابة، فيكون ذلك تعليما لجميعهم إذ كان هذا مما تعم الحاجة إليه

ثم ختم بيانه للمسألة فقال: وتأخير النبي ﷺ جواب السائل عن وقت الصلاة يحتمل أن يكون أنه لم يكن ثبت عنده هذا، فأخر ذلك إلى أن يعلم الحكم بوحي أو بنظر، ويحتمل أن يكون أخره لما رأى في ذلك من المصلحة إما للوجوه التي ذكرناها أو لغير ذلك من وجوه المصالح التي علمها النبي ﷺ»[٢].

٣- وجه المصلحة في وقت زكاة الفطر:

قال مَالك: إنَّهُ رَأَى أَهْلَ الْعلْم يَسْتَحبُّونَ أَنْ يُخْرِجُوا زَكَاةَ الْفِطْرِ إِذَا طَلَعَ الْفَجْرُ مِنْ يَوْمِ الْفِطْرِ قَبْلَ أَنْ يَغْدُوا إِلَى الْمُصَلَّى.

١- الموطأ، كتاب وقوت الصلاة، باب وقوت الصلاة ،ح٣.

٢- المنتقى:١/ ٢٠٨ ـ ٢٠٩.

قَالَ مَالك: وَذَلِكَ وَاسِعٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، أَنْ تُؤَدَّى قَبْلَ الْغُدُوِّ، مِنْ يَوْمِ الْفِطْرِ أَوبَعْدَهُ[1].

علل الباجي وجه استحباب إخراج زكاة الفطر بعد طلوع الفجر قبل الغدو إلى المصلى بـ «أن دفعها إلى المساكين في ذلك الوقت سبب إلى انتفاعهم بها ذلك اليوم وفطرهم بها، وبذلك يستغنون عن التطوف في ذلك اليوم على الناس في المصلى ومنعا لهم من النظر عليه والانتفاع بها في أول يوم الفطر»[2].

٤- فائدة اشتراط الحول في الزكاة:

قال الباجي: وإنما ضرب الحول من يوم قبضه المال أو قبض وكيله، لأنه من حينئذ يتمكن من تنميته، وإنما ضرب الحول للتنمية فيجب أن يكون الاعتبار بوقت التمكن من التنمية وهو وقت القبض[3].

٥- وجه المصلحة في عدم اشتراط الحول في زكاة الزرع والمعدن واشتراطه في زكاة العين والماشية:

مَالك عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: لَا تَجِبُ فِي مَالٍ زَكَاةٌ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ[4].

قال الباجي: قوله: «لا تجب في مال زكاة حتى يحول عليه الحول» يريد بذلك الماشية والعين، فأما الزرع والثمار وما يخرج من المعدن، فإن الزكاة فيه ساعة يحصل منه النصاب، ولا يراعى في شيء من ذلك الحول. والفرق بينهما أن الحول إنما ضرب في العين والماشية لتكامل النماء فيهما، فإذا مرت مدة لتكامل النماء فيها وجبت الزكاة، وأما الزرع والمعدن وما أشبههما، فإن تكامل نمائه عند حصاد الحب وخروج العين من المعدن،

١- الموطأ، كتاب الزكاة، باب وقت إرسال زكاة الفطر.

٢- المنتقى: ٣/٣٠٩ ـ ٣١٠.

٣- المنتقى: ٣/ ١٢٦.

٤- الموطأ، كتاب الزكاة، باب الزكاة في العين من الذهب والورق.

ولا نماء له بعد ذلك من جنس النماء الأول، وإنما له بعد ذلك نماء من جنس آخر، وهو تصريف الزكاة التي يعتبر فيها الحول، فلذلك وجبت الزكاة في الحب يوم الحصاد، قال الله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ (الأنعام:١٤١)[1].

٦- تشريع الأقراء للعلم ببراءة الرحم.

قال مالك: بَاب مَا جَاءَ فِي الْأَقْرَاءِ وَعِدَّةِ الطَّلَاقِ وَطَلَاقِ الْحَائِضِ[2]

قال الباجي: «قال القاضي أبو إسحاق: ولأن الأقراء إنما شرعت للعلم ببراءة الرحم أو لتغلب على الظن براءته. فإذا حاضت حيضة كانت من العلامة على براءة الرحم، فإذا حاضت الثانية والثالثة تأكد ما يراد من براءة الرحم فحلت للأزواج ولم تنتظر بقية الحيض، لأن آخر الحيض أضعف من أوله فلا معنى لمراقبته»[3].

٧- وجه المصلحة في استحقاق الغازي الغني للزكاة:

مَالك، عَنْ زَيْد بْن أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَار أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ إِلاَّ لِخَمْسَةٍ: لِغَازٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، أَوْ لِعَامِلٍ عَلَيْهَا، أَوْ لِغَارِمٍ، أَوْ لِرَجُلٍ اشْتَرَاهَا بِمَالِهِ، أَوْ لِرَجُلٍ لَهُ جَارٌ مِسْكِينٌ فَتُصُدِّقَ عَلَى الْمِسْكِينِ، فَأَهْدَى الْمِسْكِينُ لِلْغَنِيِّ[4].

بين الباجي أن الصدقة تحل لهؤلاء الخمسة مع كونهم أغنياء، وإن كان وجه إباحة الصدقة لهم تختلف. قال: «أما الغازي، فمباحة له على وجه المعونة له على عدوه، وربما كان غناؤه يبلغ به العدد، إلا أنه لا يبلغ منه ما يقوى به في نهاية فراهة فرسه وجودة سلاحه وآلته، وليس كل غنى يبلغ

١- المنتقى: ٣/ ١٣٠.

٢- الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض

٣- المنتقى: ٥/٣٦٦.

٤- الموطأ، كتاب الزكاة، باب أخذ الصدقة ومن يجوز له أخذها.

به المراد من ذلك، وقد يكون عنده من الغنى ما يبلغه النهاية من ذلك، إلا أنه يضر بحاله في المستقبل، فيمتنع من ذلك إبقاء لماله، والمسلمون محاويج إلى غزوه ونصرته، وأبيح له أخذ الصدقة ليبلغ من غزوه بها ما لا يبلغه بماله»[1].

المطلب الثاني: أمثلة للتعليل المصلحي عند ابن العربي:

١- ارتباط الإيلاء بالإضرار مطلقا:

بين ابن العربي أن الإيلاء مرتبط بالإضرار مطلقا، متجليا في ترك الوطء، يعني «سواء كان في حال الرضا أو في حال الغضب عند الجمهور. وقال الليث والشعبي: لا يكون إلا عند الغضب. والقرآن عام في كل حال، فتخصيصه دون دليل لا يجوز. وهذا الخلاف انبنى على أصل، وهو أن مفهوم الآية قصد المضارة بالزوجة وإسقاط حقها من الوطء، فلذلك قال علماؤنا:إذا امتنع من الوطء قصدا للإضرار من غير عذر: مرض أو رضاع وإن لم يحلف ـ كان حكمه حكم المولي، وترفعه إلى الحاكم إن شاءت، ويضرب له الأجل من يوم رفعه، لوجود معنى الإيلاء في ذلك؛ فإن الإيلاء لم يرد لعينه، وإنما ورد لمعناه؛ وهو المضارة وترك الوطء، حتى قال علي وابن عباس: لو حلف ألا يقربها لأجل الرضاع لم يكن موليا، لأنه قصد صحيح لا إضرار فيه»[2].

٢- وجه المصلحة في حكم الشفعة:

قال ابن العربي مبينا وجه المصلحة في تشريع الشفعة: «هو أمر أثبته الشارع برحمته رخصة لاستدراك الضرر. واختلف فيه على ثلاثة أقوال: الأول: أنها تعبد لا يعقل معناها، فإنه قطع ملك المسلم بغير اختياره وقد فعل ما يجوز له فعله؛ واختاره ابن الجويني.الثاني: أنه لضرر مؤنة القسمة

١- المنتقى: ٣/ ٢٣٥.

٢- أحكام القرآن: ١/٢٤٤.

وما يلزم فيها من النفقة. الثالث: ضرر الجوار والصحبة قاله أبو حنيفة.

وإنما فر ابن الجويني إلى التعبد لأنه رأى أن مؤنة القسمة لا يزيل ضررها إلا شفعة تفرد الشفيع بالكل بعدها. فأما شقص من أشقاص فإن الشفعة فيه ومؤنة القسمة باقية. ورأى أن ضرر الخلطة يرفعه السلطان بالقسمة ههنا في الشركة وبالكف في الجوار والمقاربة مع أن الجوار لا ينحصر»[1].

٣- وجه المصلحة في اشتراط الشهود في النكاح:

روى الإمام الترمذي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة»[2].

قال أبو عيسى: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ، ومن بعدهم من التابعين وغيرهم. قالوا: لا نكاح إلا بشهود.

قال ابن العربي عند الاستنباط : «فأما الشهود فلا أعلم لاشتراطهم وجها؛ والمقصود من النكاح الإظهار والإعلان ليتميز من السر الذي هو الزنا، فأما الشهادة فهي لإثبات حقوق الزوجين، فكانت كسائر الحقوق؛ لاشتراط الشهادة فيها شرعا. وأمر الله بالإشهاد في الرجعة إنما هو على معنى النظر للزوج، والشبه على المصلحة له»[3].

٤- وجه المصلحة في إيجاب العدة:

اعتبر ابن العربي أن المصلحة في إيجاب العدة هي «براءة الرحم وصيانتها عن اختلاط المياه وفساد الأنساب، كما أنها تنفى عن التي لم يدخل بها بقوله: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ (الأحزاب:٤٩)»[4].

١- عارضة الأحوذي: ٣/٣٤٤.

٢- جامع الترمذي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا ببينة.

٣- أحكام القرآن: ٣/٢٧.

٤- أحكام القرآن: ٣/١٢١.

٥- وجه المصلحة في الترخيص في القرض:

قال ابن العربي: «القرض مستثنى من قاعدة الربا في تحريم الفضل تارة، والأجل أخرى. ولذلك جاز دينار بدينار غير يد بيد. فكانت معروفة ورخصة على الرفق بالخلق»[١].

٦- التعليل المصلحي للشهادات:

قال ابن العربي: «اعلموا وفقكم الله أن الشهادة ولاية من ولايات الدين، فإنه تنفيذ قول الغير؛ والأصل أن لا ينفذ قول أحد على أحد، ولكن الله لما خلق الخلق للخلطة والمعاش والمعاملة وكتب عليهم ما علمته الملائكة فيهم من الفساد وسفك الدماء وجحد الحقوق والتوائها، لذلك شرع الشهادة ونفذ بها قول الغير على وجه المصلحة للحاجة الداعية إلى ذلك إحياء للحقوق الدارسة...ولكونها ولاية من الولايات وكثرة فساد الناس فيها وتتابعهم بالمسامحة بالزور في أدائها صارت في بغداد والشام ولاية من قبل الإمام والقاضي، وصارت الفتوى مرسلة، فلا يشهد ببغداد والشام إلا من ولاه القاضي، ويفتي كل من علم من غير إذن، فهذه من المصلحة؛ لأن المفتي إن زاغ فضحه العلم، والشاهد لا يعلم زيفه إلا الله»[٢].

٧- التعليل المصلحي لقبول شهادة النساء في الأموال:

تحدث ابن العربي عن الشروط الخمسة لقبول الشهادة، وهي البلوغ، والذكورية، والإسلام، والعدالة، والمروءة. وفي سياق تفصيل الحديث عن كل شرط من هذه الشروط قال: «وأما الذكورية فلأن شهادة الأنثى ليست بأصل في الشهادة، وإنما هي بدل أو كما قال أهل خراسان شهادة ضرورة؛ ولذلك جاءت في القرآن بصفة الضرورة وعلى نعت البدلية، قال الله: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ (البقرة:٢٨٢) كما قال تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ (النساء:٤٣)، وقال: ﴿ فَمَن لَّمْ

١- عارضة الأحوذي: ٣/٢٩١.

٢- القبس: ٣/ ٨٨٢ـ ٨٨٣.

يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ (البقرة:١٩٦)، وإنما جازت في الأموال رفقا من الله تعالى لكثرة الترداد فيها فقد يحضرها الرجال وقد يغيبون عنها، فلو وقف ربط الشهادة على الذكور مع ذلك لضاعت الحقوق، فرخص في شهادة النساء وبقيت على أصل الرد في غيرها من الحقوق، وقد حصل الإجماع على أنها لا تجوز في الدماء»[١].

٨- التعليل المصلحي لقبول شهادة الصبيان في الجراح:

قال ابن العربي: « وأما قبولها(يعني شهادة الصبيان) في الجراح خاصة فلأنه الذي يقع بينهم في الغالب ولا يحضره غيرهم، فدارت الحال بين إحدى أمرين: إما أن يضيع هذا الحق وذلك لا يجوز، أو تقبل فيه شهادة الصبيان وذلك أحسن، ولقوله مع صغره مدخل في التحليل والتحريم وهو إباحة الدخول إلى المنزل وهتك الستر الذي كان محترما قبل قوله ولكنه جاز ذلك للحاجة إليه ولأنه لا غناء عنه...وأما قبل التفرق فلعلة أشار إليها مالك في الموطأ وهي التخبيب والتقويل، فإن حال الصبوة عرضة للخدعة، فإنما يؤخذون بحالهم عند الاجتماع والأمر في طراية قبل أن يصور له صورة أو تتطرق إليه خدعة وذلك كله ما اتفقوا ولم يختلفوا فإذا اختلفوا سقطت شهادتهم»[٢].

٩- التعليل المصلحي لقبول شهادة القابلة منفردة:

قال ابن العربي: « ولا يجوز شهادة واحد عند أحد من العلماء ولا يثبت بها حق من الحقوق إجماعا إلا في مسألة واحدة اختلف فيها علماء الإسلام وهي شهادة القابلة وحدها على الولادة. ومن روايات مالك أنها تجوز، والأصل في ذلك الضرورة الداعية إلى ذلك، لأنه لا يحضر المرأة غيرها، فلو لم تقبل شهادتها لضاعت الولادة وبطل ما يتركب عليها من النسب والحرمة والميراث وسائر الحقوق»[٣].

١- القبس: ٣/ ٨٨٥.

٢- القبس: ٣/ ٨٨٥ـ٨٨٦.

٣- نفسه.

الأصل الثاني: التفاوت بين المصالح والمفاسد.

تمهيد:

التفاوت بين المصالح والمفاسد في الشريعة وفي تقديرات الناس مقرر معلوم . ففي الشريعة نجد التفاوت بين درجات الحكم الشرعي من الوجوب، والندب، والإباحة في جانب المطلوبات، والكراهة والتحريم في جانب المنهيات؛ كما يشهد له انقسام الذنوب إلى كبائر وصغائر ولمم.

كما أن صيغ التفضيل الواردة في القرآن والسنة تزيد هذا المعنى تأكيدا وترسيخا؛ كأكبر، وأزكى، وأقوم، وأفضل، وأحسن، وأسوأ، وغيرها كثير.

وللوقوف على هذا التفاوت قسم علماء الشريعة المصالح باعتبارات متعددة.

التقسيم الأول: بالإضافة إلى شهادة الشرع:

تنقسم المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع إلى ثلاثة أقسام:قسم شهد الشرع لاعتبارها، وقسم شهد الشرع لبطلانها، وقسم لم يشهد الشرع لا لبطلانها ولا لاعتبارها.

أما ما شهد الشرع لاعتبارها فهي حجة، ويرجع حاصلها إلى القياس، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع؛ ومثاله: حكمنا أن كل ما أسكر من مشروب أو مأكول، فيحرم قياسا على الخمر لأنها حرمت لحفظ العقل الذي هو مناط التكليف، فتحريم الشرع الخمر دليل على ملاحظة هذه المصلحة[1].

وأما ما شهد الشرع لبطلانها، فمرادفها في القرآن الكريم هو الهوى والضلال، والقول بها واعتمادها هو اتباع للهوى، قال تعالى: ﴿وَلَا تَتَّبِعِ

١- المستصفى في علم الأصول: ص ١٧٣ ـ١٧٤، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي: ص: ١٥ ـ ١٧ وتعليل الأحكام : ص:٢٨١.

ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ (ص:٢٦).

ومن ثم كان الاعتصام بالشريعة عاصما من الزلل و منقذا من الضلال.

القسم الثالث: ما لم يشهد له من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين[١].

التقسيم الثاني: باعتبار قوتها في ذاتها، كما يقول الإمام الغزالي[٢]، أو باعتبار آثارها في قوام أمر الأمة، حسب الشيخ محمد الطاهر بن عاشور[٣]، تنقسم إلى ثلاثة أقسام: ضرورية، و حاجية، وتحسينية.

«أما المصالح الضرورية: فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد و تهارج وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين»[٤].

ويقول الطاهر بن عاشور: «هي التي تكون الأمة بمجموعها وآحادها في ضرورة إلى تحصيلها، بحيث لا يستقيم النظام باختلالها، بحيث إذا انخرمت تؤول حالة الأمة إلى فساد وتلاش. وأعني - باختلال نظام الأمة - أن تصير أحوال الأمة شبيهة بأحوال الأنعام بحيث لا تكون على الحالة التي أرادها الشارع منها»[٥].

وقد مثل الغزالي في المستصفى وابن الحاجب والقرافي والشاطبي هذا القسم الضروري بحفظ الدين والنفوس والعقول والأموال والأنساب. وزاد القرافي نقلا عن قائل حفظ الأعراض ونسب في كتب الشافعية إلى الطوفي[٦].

١- نفسه.

٢- نفسه.

٣- مقاصد الشريعة الإسلامية ، محمد الطاهر بن عاشور، ص ٧٦.

٤- الموافقات ٢/٧.

٥- مقاصد الشريعة الإسلامية ، محمد الطاهر بن عاشور، ص ٧٦.

٦- نفسه.

وأما المصالح الحاجية: « فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب. فإذا لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة»[1].

ويعرفها ابن عاشور فيقول: «وهو ما تحتاج الأمة إليه لاقتناء مصالحها وانتظام أمورها على وجه حسن، بحيث لولا مراعاته لما فسد النظام، ولكنه كان على حالة غير منتظمة؛ فلذلك كان لا يبلغ مبلغ الضروري. ومن الحاجي ما يدخل في الكليات الخمسة المتقدمة في الضروري إلا أنه ليس بالغا حد الضرورة»[2].

وأما المصالح التحسينية: فمعناها عند الشاطبي، «الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق»[3].

وعند ابن عاشور هي: «ما كان بها كمال حال الأمة في نظامها حتى تعيش آمنة مطمئنة ولها بهجة منظر المجتمع في مرأى بقية الأمم. حتى تكون الأمة الإسلامية مرغوبا في الاندماج فيها أو في التقرب منها. فإن لمحاسن العادات مدخلا في ذلك سواء كانت عادات عامة كستر العورة، أم خاصة ببعض الأمم كخصال الفطرة وإعفاء اللحية. والحاصل أنها مما تراعى فيها المدارك البشرية الراقية. ومن التحسيني سد ذرائع الفساد فهو أحسن من انتظار التورط فيه»[4].

ويكشف الطاهر بن عاشور عن العلاقة بين أنواع هذه المصالح وأحكام الشريعة فيقول: «ولقد تتبع العلماء تصاريف الشريعة في أحكامها فوجدوها

١- الموافقات: ٢/ ٩.

٢- مقاصد الشريعة الإسلامية: ٨٠.

٣- الموافقات: ٢/ ٩.

٤- مقاصد الشريعة الإسلامية: ص ٨١.

دائرة حول هذه الأنواع الثلاثة. ووجدوها لا تكاد تفيت شيئا منها ما وجدت السبيل إلى تحصيله، حيث لا يعارضه معارض من جلب مصلحة أو درء مفسدة كبرى»[1].

و يتعلق بأذيال كل قسم من الأقسام ما يجري منها مجرى التكملة والتتمة لها.

أما ما يجري مجرى التكملة والتتمة لمرتبة الضروريات فيمثل لها الإمام الغزالي بالمماثلة: «فإنها مرعية في استيفاء القصاص لأنه مشروع للزجر والتشفي، ولا يحصل ذلك إلا بالمثل، وكقولنا القليل من الخمر إنما حرم لأنه يدعو إلى الكثير، فيقاس عليه النبيذ؛ فهذا دون الأول، ولذلك اختلفت فيه الشرائع. أما تحريم السكر فلا تنفك عنه شريعة لأن السكر يسد باب التكليف والتعبد»[2].

وأما ما يجري مجرى التتمة لرتبة الحاجيات فهو كاشتراط تزوج الصغيرة من كفؤ وبمهر مثل، فإنه أيضا مناسب؛ ولكنه دون أصل الحاجة إلى النكاح ولهذا اختلف العلماء فيه[3]. ومن ذلك الجمع بين الصلاتين في السفر الذي تقصر فيه الصلاة، وجمع المريض الذي يخاف أن يغلب على عقله[4].

وأما ما يجري مجرى التكملة لمرتبة التحسينيات فكآداب الأحداث، ومندوبات الطهارات، وترك إبطال الأعمال المدخول فيها وإن كانت غير واجبة، والإنفاق من طيبات المكاسب، والاختيار في الضحايا والعقيقة والعتق، وما أشبه ذلك. ومن أمثلة هذه المسألة أن الحاجيات كالتتمة

١- نفسه.

٢- المستصفى: ص ١٧٤.

٣- المستصفى:١٧٥.

٤- الموافقات: ١/٢/١١.

للضروريات، وكذلك التحسينيات كالتكملة للحاجيات، فإن الضروريات هي أصل المصالح[1].

التقسيم الثالث للمصالح: بالإضافة إلى مراتبها في الوضوح والخفاء: فمنها ما يتعلق بمصلحة عامة في حق الخلق كافة، ومنها ما يتعلق بمصلحة الأغلب، ومنها ما يتعلق بمصلحة شخص معين في واقعة نادرة[2].

وعند الإمام محمد الطاهر بن عاشور تنقسم المصالح بحسب تعلقها بعموم الأمة أو جماعتها أو أفرادها إلى كلية و جزئية. ويراد بالكلية في اصطلاحهم ما كان عائدا على عموم الأمة عودا متماثلا، وما كان عائدا على جماعة عظيمة من الأمة أو قطر وبالجزئية ما عدا ذلك.

فالمصلحة العامة لجميع الأمة قليلة الأمثلة وهي مثل: حماية البيضة، وحفظ الجماعة من التفرق، وحفظ الدين من الزوال، وحماية الحرمين حرم مكة وحرم المدينة من أن يقعا في أيدي غير المسلمين...ونحو ذلك مما صلاحه وفساده يتناول جميع الأمة وكل فرد منها، وبعض صور الضروري والحاجي مما يتعلق بجميع الأمة.

وأما المصلحة والمفسدة اللتان تعودان على الجماعات العظيمة في الضروريات والحاجيات والتحسينيات المتعلقة بالأمصار والقبائل والأقطار على حسب مبلغ حاجاتها مثل: التشريعات القضائية لفصل النوازل، والعهود المنعقدة بين أمراء المسلمين وبين ملوك الأمم المخالفة في تأمين تجار المسلمين بأقطار غيرهم إذا دخلوها للتجارة...

والمصلحة الجزئية الخاصة هي مصلحة الفرد أو الأفراد القليلة وهي أنواع ومراتب. وقد تكفلت بحفظها أحكام الشريعة في المعاملات[3].

١- ـ الموافقات:١/٢/١١.

٢- ـ شفاء الغليل: ص ١٠١ ـ ١٠٢، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي: ص٣٣ـ٣٤.

٣- ـ مقاصد الشريعة لابن عاشور: ٨٤ـ٨٥.

التقسيم الرابع: باعتبار تحقق الحاجة إلى جلبها أو دفع الفساد عن أن يحيق بها: فتنقسم بذلك إلى قطعي، وظنية، ووهمية.

فالقطعية: هي التي دلت عليها أدلة من قبيل النص الذي لا يحتمل تأويلا، نحو ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ (آل عمران:٩٧) وما تظافرت الأدلة الكثيرة عليها مما مستنده استقراء الشريعة مثل: الكليات الضرورية المتقدمة، أو ما دل العقل على أن في تحصيله صلاحا عظيما أو في حصول ضده ضر عظيم على الأمة، مثل قتال مانعي الزكاة في زمن أبي بكر رضي الله عنه في الضروري.

وأما الظنية، فمنها:

ما اقتضى العقل ظنه، مثل اتخاذ كلاب الحراسة في الدور في الحضر في زمن الخوف في القيروان.

أو دل عليه دليل ظني من الشرع مثل حديث: لا يقضي القاضي وهو غضبان[١].

وأما الوهمية: فهي التي يتخيل فيها صلاح وخير وهو عند التأمل ضر؛ إما لخفاء ضره مثل تناول المخدرات، فإن الحاصل بها لمتناوليها ملائم لنفوسهم وليس هو بصلاح لهم، وإما لكون الصلاح مغمورا بالفساد كما أنبأنا عنه قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ (البقرة:٢١٩)[٢].

وبالإضافة إلى ما تقدم من فوائد إدراك التفاوت بين المصالح، تظهر فائدة قيمة أخرى لهذا التفاوت وهي القدرة على الترجيح عندما تتوارد

١- له شاهد من حديث النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان، صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان.

٢- مقاصد الشريعة لابن عاشور:٨٥.

مصلحتان متعارضتان على محل واحد، وتنسد سبل الجمع بينها. وعليه فالمصلحة الضرورية تقدم على الحاجية، وهذه تقدم على التحسينية. وبين المصالح الضرورية ذاتها تفاوت معلوم، فمصلحة الدين مقدمة على مصلحة النفس، والنفس مقدمة على العقل والنسل، وكل هذه مقدمة على المال. كما أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة؛ وتقدم المصلحة القطعية على الظنية، والظنية على الوهمية.

المبحث الأول

التفاوت بين المصالح الضرورية

١- رجحان مصلحتي الدين و العقل على مصلحتي المال والبدن :

تحدث ابن العربي عن وجه المنفعة في الخمر الوارد في قوله تعالى: ﴿وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ﴾ (البقرة: ٢١٩)؛ فقال: «في ذلك ثلاثة مذاهب: الأول: أنها ربح التجارة. والثاني: السرور واللذة. والثالث: قال قوم من المبتدعة: ما فيها من منفعة البدن؛ لحفظ الصحة القائمة أو جلب الصحة الفانية بما تفعله من تقوية المعدة وسريانها في الأعصاب والعروق، وتوصلها إلى الأعضاء الباطنة الرئيسية، وتجفيف الرطوبة، وهضم الأطعمة الثقال وتلطيفها. والصحيح أن المنفعةَ هي الربح؛ لأنهم كانوا يجلبونها من الشام برخص فيبيعونها في الحجاز بربح كثير. وأما اللذة: فهي مضرة عند العقلاء؛ لأن ما تجلبه من اللذة لا يفي بما تذهبه من التحصيل والعقل، حتى إن العبيد الأدنياء وأهل النقص كانوا يتنزهون عن شربها لما فيها من إذهاب شريف العقل، وإعدامها فائدة التحصيل والتمييز.

وأما منفعة إصلاح البدن: فقد بالغ فيها الأطباء حتى إني تكلمت يوما مع بعضهم في ذلك، فقال لي: لو جمع سبعون عقارا ما وفَى بالخمر في منافعها، ولا قَام في إصلاح البدن مقامها. وهذا مما لا نشتغل به لوجهين: أحدهما: أن الذين نزل تحريم الخمر عليهم لم يكونوا يقصدون به التداوي حتى نعتذر عن ذلك لهم. الثاني: أن البِلاد التي نزل أصل تحريم الخمر فيها كانت بلاد جفوف وحر؛ وضرر الخمر فيها أكثر من منفعتها؛ وإنما يصلح الخمر عند الأطباء للأرياف والبطاح والمواضع الرطبة، وإن كانت فيها منفعة من طريق البدن ففيها مضرة من طريق الدين، والباري تعالى قد حرمها مع علمه بها فقدرها كيف شئت، فإن خالقها ومصرفها قد

حرمها. وقد روى مسلم (عن طَارِقِ بْنِ سُوَيْدٍ الْجُعْفِيِّ أَنَّهُ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ الْخَمْرِ فَنَهَاهُ وَكَرِهَ أَنْ يَصْنَعَهَا. فَقَالَ: إِنَّمَا أَصْنَعُهَا لِلدَّوَاءِ. فَقَالَ: لَيْسَ بِدَوَاءٍ، وَلَكِنَّهُ دَاءٌ). وروي أيضا عن أنس (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَأَلَ عَنْ الْخَمْرِ: أَتُتَّخَذُ خَلًّا؟ قَالَ: لَا)[1]. وروي ذلك عن جماعة.

فإن قيل: وكيف يجوز أن يرد الشرع بتحريم ما لا غنى عنه ولا عوض منه؟ هذا مناقض للحكمة. فالجواب عنه من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنا لا نقول إنه لا غنى عنها ولا عوض منها؛ بل للمريض عنها ألف غنى، وللصحيح والمريض منها عوض من الخل ونحوه.

الثاني: أن نقول: لو كانت لا غنى عنها ولا عوض منها لما امتنع تحريمها، ولا استحال أن يمنع الباري تعالى الخلق منها لثلاثة أدلة: الأول: أن للباري تعالى أن يمنع المرافق كلها أو بعضها، وأن يبيحه، وقد آلم الحيوان وأمرض الإنسان. الثاني: أن التطبب غير واجب بإجماع من الأمة، ثبت عن النبي ﷺ من طرق أنه قال: (يَدْخُلُ الْجَنَّةَ مِنْ أُمَّتِي سَبْعُونَ أَلْفًا مِنْ غَيْرِ حِسَابٍ، وَهُمْ الَّذِينَ لَا يَكْتَوُونَ وَلَا يَسْتَرْقُونَ وَلَا يَتَطَيَّرُونَ، وَعَلَى رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ).

الثالث: أنه لَو كان فيها صلاح بدن لكانت فيها ضراوة وذريعة إلى فساد العقل، فتقابل الأمران، فغلب المنع لما لَنا في ذلك من المصلحة المنبه علَيها في سورة المائدة»[2].

نخلص من هذا النص إلى الملاحظات الآتية:

ـ أن ابن العربي مع سعة صدره لبيان وجه تحريم الخمر، مع ما فيها من المنافع، إلا أنه لا يفتأ يذكر بالأصل الذي أوضحته من قبل من عدم الالتزام

١- صحيح مسلم، كتاب الأشربة، باب تحريم تخليل الخمر.

٢- أحكام القرآن:١/ ٢١٠ ـ ٢١١ ـ ٢١٢.

بين الأحكام والمصالح. فلله تعالى أن يبيح ما يشاء ويحرم ما يشاء، من غير ارتباط بين مفسدة هذا ومصلحة ذاك.

ـ أن مصلحة الدين مقدمة على مصلحة البدن: فمصلحة الدين تتجلى في التزام النهي عن تحريم الخمر، ومصلحة البدن ادعاها الأطباء في الخمر؛ وقد عدد ابن العربي وجوهها وفندها.

ـ أن مصلحة حفظ العقل مقدمة هنا على مصلحة حفظ البدن، لأن المصلحة الأولى قطعية بدلالة آية سورة المائدة، أما مصلحة البدن فهي مصلحة متوهمة أو في أحسن الأحوال ظنية؛ والقطعي مقدم على الظني بله المتوهم.

٢- تقديم مصلحة حفظ النفس على مصلحة حفظ العرض:

قدم ابن العربي في سياق حديثه عن اللعان رواية مسلم لحديث أبي هريرة قال: قال سعد بن عبادة: يا رسول الله! لو وجدت مع أهلي رجلا لم أمسه حتى آتي بأربعة شهداء؟ قال رسول الله ﷺ: نعم. قال كلا والذي بعثك بالحق إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك. قال رسول الله ﷺ: اسمعوا إلى ما يقول سيدكم إنه لغيور وأنا أغير منه والله أغير مني[١].

واستشكل ابن العربي قول النبي ﷺ لسعد: « نعم » و معناه أمهله حتى يأتي بأربعة شهداء فقال: «ليس بتقرير للزنى، إنما هي نازلة عظيمة تحامل فيها حكمان: أن تُمْهِلَ مَن ضَرَّهُ في أهله، أو الضرر بتلف نفسه؛ إما بقتلِ من يَضُرُّهُ، أو يَقتلهُ من يضره. فبين النبي ﷺ أن احتمال الأذى في العرض أخف من احتمال الأذى في النفس، فعجب النبي ﷺ من غيرة سعد التي حملته على إيثار عرضه على إيثار نفسه»[٢].

١- مسلم، كتاب اللعان: ح١٤٩٨م.

٢- عارضة الأحوذي: ١٥٢/٣ ـ ١٥٣.

٣- تقديم مصلحة حفظ النفس على مصلحة حفظ المال:

ويتضح هذا من توجيه فكاك أسرى المسلمين بالمال. قال الباجي: «والأصل في ذلك أن فداء المسلمين وتخليصهم من أيدي المشركين واجب لازم رواه أشهب عن مالك قال: ولو لم يقدروا أن يفتدوهم إلا بكل ما يملكون فذلك عليهم...والأصل في ذلك ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: أطعموا الجائع وعودوا المريض وفكوا العاني. والدليل على ذلك من جهة المعنى ما احتج به مالك من أنه يلزم القتال لاستنقاذهم وفيه إتلاف المهج وسفك الدماء فبأن يلزم استنقاذهم بالمال أولى[١]

وقال ابن العربي:«قال علماؤنا: أوجب الله سبحانه في هذه الآية القتال لاستنقاذ الأسرى من يد العدو مع ما في القتال من تلف النفس، فكان بذل المال في فدائهم أوجب، لكونه دون النفس وأهون منها»[٢].

ومن ثم يأسف ابن العربي لما آلت إليه أوضاع المسلمين من إيثار الأموال وترك الأسرى دون فكاك فيقول: «إلا أن يكونوا أسراء مستضعفين؛ فإن الولاية معهم قائمة، والنصرة لهم واجبة بالبدن بألا يبقى منا عين تطرف حتى نخرج إلى استنقاذهم إن كان عددنا يحتمل ذلك، أو نبذل جميع أموالنا في استخراجهم، حتى لا يبقى لأحد درهم كذلك. قال مالك وجميع العلماء؛ فإنا لله وإنا إليه راجعون على ما حل بالخلق في تركهم إخوانهم في أسر العدو، وبأيديهم خزائن الأموال وفضول الأحوال والعدة والعدد، والقوة والجَلَد»[٣].

ويظهر من قضية فكاك الأسرى أنه ترجيح لمصلحة الدين على مصلحة النفس والمال، فإن في بقاء الأسير تحت أيدي المشركين إهانة للإسلام واحتقارا للدين، وقد حرم الله تعالى ذلك بقوله: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (النساء:١٤٢).

١- المنتقى: ٤/٣٧٥.

٢- أحكام القرآن: ١/٥٨٢ـ٥٨٣.

٣- نفسه: ٢/٤٤٠.

٤- تقديم مصلحة العرض على مصلحة المال:

المثال الأول: يظهر هذا الترجيح عند ابن العربي من إنكاره على المفتين الذين استشارهم في قضية من قضايا الحرابة فاقتصروا فيها على ما يمس المال دون الفروج. قال ابن العربي رضي الله عنه: «ولقد كنت أيام تولية القضاء قد رفع إلي قوم خرجوا محاربين إلى رفقة فأخذوا منهم امرأة مغالبة على نفسها من زوجها ومن جملة المسلمين معه فيها فاحتملوها، ثم جد فيهم الطلب فأخذوا وجيء بهم، فسألت من كان ابتلاني الله به من المفتين، فقالوا: ليسوا محاربين؛ لأن الحرابة إنما تكون في الأموال لا في الفروج. فقلت لهم: إنا لله وإنا إليه راجعون، ألم تعلموا أن الحرابة في الفروج أفحش منها في الأموال، وأن الناس كلهم ليرضون أن تذهب أموالهم وتحرب من بين أيديهم ولا يحرب المرء من زوجته وبنته ، ولو كان فوق ما قال الله عقوبة لكانت لمن يسلب الفروج، وحسبكم من بلاء صحبة الجهال، وخصوصا في الفتيا والقضاء»[١].

المثال الثاني: ناقش ابن العربي أهلية العبد للملكية، حيث رد على الأحناف الذين أسقطوا عن العبد أهلية الملك بعلة «أنه مملوك، فلا يملك... وذلك أن المملوكية تنافي المالكية؛ فإن المملوكية تقتضي الحجر والمنع، والمالكية تقتضي الإذن والإطلاق؛ فلما تناقضا لم يجتمعا». وقد رد ابن العربي هذه الدعوى من خلال إثبات جواز ملك العبد للبضع بالنكاح، وهو أشرف من المال حيث قال: «والدليل القاطع لرأيهم المفسد لكلامهم أنه إذا أذن له سيده في النكاح جاز، فنقول: من ملك الأبضاع ملك المتاع كالحر، وهذا لأن البضع أشرف من المال، فإذا مَلَكَ البضع بالإذن فأولى وأحرى أن يملك المال الذي هو دونه في الحرمة بالإذن»[٢].

المثال الثالث: رد ابن العربي شهادة العدلين الفاسقين في النكاح، واستنبط

١- أحكام القرآن: ٢/ ٩٥.

٢- أحكام القرآن: ٣/١٤٦ ـ ١٤٧.

ذلك من قوله تعالى: ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾(البقرة:٢٨١) فقال: «إذا شرط الرضا والعدالة في المداينة فاشتراطها في النكاح أولى، خلافا لأبي حنيفة حيث قال: إن النكاح ينعقد بشهادة فاسقين، فنفى الاحتياط المأمور به في الأموال عن النكاح، وهو أولى لما يتعلق به من الحل والحرم والجد والنسب»[١].

٥- تأخر الأموال عن النفوس والدماء والأعراض:

ويتضح هذا في الشهادة، حيث تغلظ في النفوس والأعراض وتخف في الأموال حتى تصح بشاهد ويمين. قال الباجي نقلا عن ابن الماجشون وسحنون: «ووجدنا التغليظ في الشهادة من جهتين؛ من جهة العدد، وله أقل وأكثر، ومن جهة الذكورة. فلما أن كان الزنا يتعلق به سفك الدم وإتلاف حرمة العرض وتدخل به المعرة على الأهل والقرابة تغلظ بالوجهين بأكثر العدد والذكورة. ولما كان قتل العمد يتعلق به سفك الدم خاصة تعلق بأقل العددين والذكورة. ولما كانت الأموال أقلها رتبة لم يتعلق بذكورة ولا عدد، فثبت بشهادة رجل وامرأتين، وباليمين مع شاهد واحد. ووجدنا الجراح تنوع نوعين، فمنها ما يصغر ويقل خطره، ويؤمن تعديه إلى النفس غالبا، فلم يدخله التغليظ، وثبت بما تثبت به الأموال، ومنها ما عظم وعظم خطره ويخاف تعديه إلى النفس، فدخله التغليظ الذي حصل في القتل لما يخاف أن يكون سببا إليه»[٢].

٦- تقديم مصلحة العقل على مصلحة المال:

عن مالك عن ابن عباس قال: أهدى رجل لرسول الله ﷺ راوية خمر فقال له رسول الله ﷺ: أما علمت أن الله حرمها؟ قال: لا! فساره رجل إلى جنبه، فقال له ﷺ: بم ساررته؟ فقال: أمرته أن يبيعها. فقال له رسول الله

١- أحكام القرآن: ١/ ٣٣٧.

٢- المنتقى: ٧/١٩٥.

ﷺ: إن الذي حرم شربها حرم بيعها. ففتح الرجل المزادتين حتى ذهب ما فيهما[1] .

فرع الإمام الباجي حول صور فتح المزادتين الاحتمالات فقال:

«يحتمل أن يكون فتحهما فتحا يبقي الانتفاع بهما بأن حل أفواههما، ويحتمل أن يكون فتحهما بشق أوساطهما، فأبطل ذلك الانتفاع بهما. وقد حكى ابن عبد الحكم عن مالك أن من وجدت عنده خمر من المسلمين كسرت عليه، وشق ظروفها.

قال الشيخ أبو بكر: إنما تشق الظروف إذا كان لا يزول ما قد فسد بها من الخمر بالغسل، فإن كان يزول ما فيها بالغسل غسلت، ولينتفع بها، وكذلك الأواني تكسر، إن كان لا يزول ما فيها، قال: ويجوز أن يكون مالك إنما أراد الظروف تشق وتكسر الأواني، وإن كان ما فيها يزول بالغسل عقوبة للمسلم على فعله، وإمساكه الخمر وبيعه لها، وهذا الذي أراده مالك والله أعلم، ولذلك قال: يفرق ثمن ما باع منها على الفقراء، وأهل الحاجة، عقوبة للمسلم الذي باعها لئلا يعود ثانية إلى بيعها»[2] .

فأساس مناقشة هذه الاحتمالات كلها هو الحرص على عدم تضييع هذه الأواني والظروف، وهي أموال أمر الشارع الحنيف بالحفاظ عليها؛ وذلك بالحرص على دفع مفسدة الخمر دون التفريط في مصلحة الأواني. وهذا ما جعل الشيخ أبا بكر يقول بغسل الأواني والظروف دون كسرها إذا كان الغسل سيزيل ما بها من خمر. فإن كانت مفسدة الخمر لا تدفع إلا بكسر الأواني كسرت، لأن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح، ولأن مفسدة تضييع الأموال أهون مفسدة من إفساد العقل، فكان دفعها أولى.

١- الموطأ، كتاب الأشربة، باب جامع تحريم الخمر.

٢- المنتقى: ٦/٣٠٨ ـ ٣٠٩.

المبحث الثاني
التفاوت بين المصالح العامة

١- دفع المشقة العامة باحتمال المشقة الخاصة:

ومن أمثلة تطبيق هذه القاعدة:

- **إباحة الغيلة**[١]:

وجه الإمام الباجي عدول النبي ﷺ عن النهي عن الغيلة بعدما كان قد هَمَّ به بأنه احتمال مشقة خاصة لدفع مشقة عامة. فقد روى مالك عن عائشة أم المؤمنين عن جدامة بنت وهب الأسدية أنها أخبرتها أنها سمعت رسول اللّه ﷺ يقول: لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم[٢].

وبعد أن فسر الباجي الغيلة بالضرر الحاصل للرضيع جراء تغير اللبن نتيجة الوطء أو الحمل، شرع في استدرار الفوائد من الحديث فقال:

«قوله ﷺ «لقد هممت أن أنهى عن الغيلة»: يدل على أنه قد كان يقضي ويأمر وينهى بما يؤديه إليه اجتهاده دون أن ينزل عليه شيء، ولذلك هم أن ينهى عن الغيلة لما خاف من فساد أجساد أمته وضعف قوتهم من أجلها حتى ذكر أن فارس والروم تفعل ذلك فلا يضر أولادهم ذلك»[٣] .

وأخلص من هذه الفائدة إلى الملاحظات الآتية:

ـ أن النظر في المصالح المجتلبة والمفاسد المستدفعة أصل في الاجتهاد عند غياب النص، وأن الموازنة بينهما هي أول وأساس هذا النظر؛ فقد وازن النبي ﷺ بين مصلحة الزوج في الوطء وبين الضرر اللاحق بالرضيع عند الغيلة.

١- قال مالك: والغيلة أن يطأ الرجل المرأة وهي ترضع. الموطأ، كتاب الرضاع باب جامع ما جاء في الرضاعة.

٢- الموطأ، كتاب الرضاع باب جامع ما جاء في الرضاعة.

٣- المنتقى: ٦/ ٢٠ـ٢١.

ـ ضرورة استفراغ الوسع في تقدير المصالح، فهَمُّهُ ﷺ بالغيلة أولاً، وعدوله عنها ثانيا، فيه إشارة واضحة إلى أنه ﷺ لم يستقر على ما بدا له من المصالح أولا، بعدما تبين له ما هو أولى من ذلك بعدما وسع دائرة النظر.

ـ أن التجارب والانفتاح على الشعوب والأمم أصل في تقدير المصالح والمفاسد الدنيوية؛ ولذلك نظر النبي ﷺ في فعل فارس والروم ، فلما وجدهم يغيلون أولادهم ترك النهي عنه ولم يخالفهم فيه كما يفعل في الأمور التعبدية؛ وهذا يجلي جانبا من الانفتاح المشروع الذي لا يمانع فيه الإسلام إذا كان سيخضع للضوابط الشرعية ومنها تقدير المصالح المترتبة عنه.

ـ أن الجمع أولى من الترجيح ، فقد ترك النبي ﷺ النهي عن الغيلة لما تبين له أن ضررها غير عام أو نادر. وجمع بذلك بين مصلحة الزوج في الوطء ومصلحة الولد في الرضاع. ولذلك قال الباجي: «يحتمل أن يريد ﷺ أنه لا يريد أن يضر ضررا عاما ، وإنما يضر في النادر فلذلك لم ينه عنه ولم يحرمه رفقا بالناس لما في ذلك من المشقة على من له زوجة واحدة فيمتنع من وطئها مدة فتلحقه بذلك المشقة. وهذه مشقة عامة فكانت مراعاتها أرفق بأمته من المشقة الخاصة التي لا تلحق إلا اليسير من الأطفال والله أعلم. قال ابن حبيب: العرب تتقي وطء المرضع أن يعود من ذلك ضرر على الولد صريح في جسم أو علة»[1].

ولا يمنع هذا الجواز المبدئي من النظر مرة أخرى إذا استجدت الوسائل وتغيرت مقادير المصالح ورتبها، وقد عقد الإمام الباجي لبيان هذا الأمر صورة المسألة التالية فقال: «وإذا آجرت امرأة نفسها في الرضاع بإذن زوجها فإن لوالد الصبي أن يمنع زوجها من وطئها مدة الرضاع، قاله ابن القاسم. قال أصبغ: ليس ذلك إلا بشرط في أصل الإجارة أو يكثر ضرر الصبي به ويتبين ذلك فيمنع»[2].

١- المنتقى: ٦/ ٢٢

٢- نفسه.

وإنما كان لوالد الصبي أن يلزم زوج المرضعة بترك الوطء مدة الرضاع لأن الزوج أسقط حقه في الوطء لما رضي باستئجار زوجته في الرضاع إذا رضي باشتراط ترك الغيلة أو تحقق ضرر الصبي.

- جواز التسعير:

ومعناه أن يحد لأهل السوق سعر ليبيعوا عليه، فلا يتجاوزونه. فقد روى أشهب عن مالك في العتبية في صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن ثلث رطل، ولحم الإبل نصف رطل، وإلا خرجوا من السوق، قال: إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به[1].

قال الباجي: «ووجه قول أشهب ما يجب من النظر في مصالح العامة، والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم، وليس يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، ولا يمنع البائع ربحا، ولا يسوغ له منه ما يضر بالناس»[2].

وعند التحقيق يظهر أن التسعير لا يلغي مصلحة الباعة كلية، بل هو جمع بين مصلحة الباعة والمشترين. فمصلحة المشترين أن يشتروا بثمن لا يجحف بهم، ومصلحة الباعة أن لا يمنعوا ربحا لا يضر بالناس.

٢- تقديم المصلحة الكلية على المصلحة الجزئية:

ومن أمثلته:

القصر والإتمام في الصلاة:

فقد كان الصحابي الجليل عبد الله بن عمر رضي الله عنه يتردد بين القصر والإتمام في الصلاة بحسب ائتمامه بالأمير فيتم أو يصلي وحده فيقصر.

١- المنتقى: ٦/٣٥١.

٢- المنتقى: ٦/٣٤٩-٣٥١-٣٥٢.

فعن مالك عن نافع أن ابن عمر أقام بمكة عشر ليال يقصر الصلاة إلا أن يصليها مع الإمام فيصليها بصلاته[١].

قال الإمام أبو الوليد الباجي معلقا: «وإنما استثنى الأمراء لما يلزم من طاعتهم والاجتماع عليهم، فكان ذلك أفضل من الانفراد بالصلاة دونهم؛ لأن في ذلك إظهار الخلاف عليهم»[٢].

وأصل هذا الاستثناء تقديم وتأكيد مصلحة الاجتماع على الأمراء وطاعتهم على مصلحة فضيلة القصر، وإن أدى الإتمام إلى أن يغير المسافر صلاته.

وقد قدم الباجي من قبل قول مالك رحمه الله في الواضحة:«لا يتم المسافر وحده، ولا خلف إمام؛ ووجه ذلك بأن: الائتمام بالإمام مستحب، ما لم يؤد إلى تغيير الصلاة في العدد، فإن أدى إلى ذلك كان ترك الجماعة أفضل»[٣]. وبهذا يتضح أن الترجيح قد تم بين رتبتين من المصالح:

- مصلحة المحافظة على عدد الركعات ومصلحة الجماعة الصغيرة مع إمام راتب، فتقدم الأولى على الثانية.

- مصلحة المحافظة على عدد الركعات ومصلحة الجماعة العظيمة وطاعة الأمير، فتهمل الأولى وتراعى الثانية.

ولذلك يلح الباجي على وجوب متابعة الإمام وترك إظهار الخلاف له، وإن اعتقد معتقد أن الإمام قد ترك الأفضل، فإنه يجب عليه ترك الخلاف له[٤].

١- الموطأ، كتاب قصر الصلاة في السفر، باب صلاة المسافر ما لم يجمع مكثا.

٢- المنتقى: ٢/ ٢٥٨ ـ٢٥٩.

٣- المنتقى: ٢/٢٥٩.

٤- المنتقى: ٢/٢٦٠ ـ٢٦١.

٣- ترك المباح للمصلحة العامة:

ومن أمثلته:

- منع النبي ﷺ الصحابة من ماء تبوك:

فقد روى مالك عن معاذ بن جبل أنهم خرجوا مع رسول الله ﷺ عام تبوك... قال لهم النبي ﷺ: إنكم ستأتون غدا إن شاء الله عين تبوك وإنكم لن تأتوها حتى يضحى النهار فمن جاءها فلا يمس من مائها شيئا حتى آتي...[١]

قال الباجي معلقا: «وقوله ﷺ: «فمن جاءها فلا يمس منها شيئا حتى آتي «هذا يبين أن للإمام أن يمنع من الأمور العامة كالمياه والكلأ وغير ذلك من المنافع التي يشترك فيها المسلمون لما يراه من المصلحة»[٢].

- نهي عمر رضي الله عنه عن الثوب المصبوغ في الإحرام:

روى مالك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى على طلحة بن عبيد الله ثوبا مصبوغا وهو محرم فقال عمر: ما هذا الثوب المصبوغ يا طلحة؟ فقال طلحة: يا أمير المؤمنين! إنما هو مدر. فقال عمر: إنكم أيها الرهط أئمة يقتدي بكم الناس. فلو أن رجلا جاهلا رأى هذا الثوب لقال: إن طلحة ابن عبيد الله كان يلبس الثياب المصبغة في الإحرام فلا تلبسوا أيها الرهط شيئا من هذه الثياب المصبغة.

فقد رأى الباجي في إنكار عمر على طلحة أن يلبس ثوبا مصبوغا في حال إحرامه، بأن هذا «أصل في أن الإمام المقتدى به يلزمه أن يكف عن بعض المباح المشابه للمحظور ولا يفرق بينهما إلا أهل العلم، لئلا يقتدي به من لا يعرفه، وأن يلزم غيره الكف عنه. ألا ترى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد

١- الموطأ، كتاب قصر الصلاة في السفر، باب الجمع بين الصلاتين في الحضر والسفر.

٢- المنتقى: ٢/ ٢٣٨ ـ ٢٣٩.

قال بهذا ولم يراجعه طلحة بن عبيد الله ولا أحد ممن سمعه»[١].

٤- دفع المضرة العليا باحتمال الدنيا:

استشكل ابن العربي أن ينسب يوسف عليه السلام إلى إخوته السرقة وهم لم يفعلوها الوارد في قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَازِهِمْ جَعَلَ السِّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ﴾ (يوسف:٧٠)

وأجاب عن هذا الإشكال فقال: «قيل عنه ثلاثة أجوبة، أحدها: أن القوم كانوا سرقوه من أبيه وباعوه فاستحقوا هذا الاسم بذلك الفعل. الثاني:أنه أراد أيتها العير حالكم حال السراق. المعنى: إن شيئا لغيركم صار عندكم من غير رضا الملك ولا علمه. الثالث: وهو التحقيق أن هذا كان حيلة لاجتماع شمله بأخيه وفصله عنه إليه، وهو ضرر دفعه بأقل منه»[٢].

ولا يبدو هذا الجواب من ابن العربي مقنعا، فإن يوسف عليه السلام إذا كان - على هذا التأويل - قد دفع عن نفسه مضرة فقد أخيه، فقد ألحق بأبيه يعقوب مضرة شديدة وهي فقدان ابنه الثاني تنضاف إلى المضرة الأولى وهي فقد يوسف. وقد بلغ من شدة المضرة الثانية عليه أن وصفها الله تعالى فقال: ﴿ وَتَوَلَّىٰ عَنْهُمْ وَقَالَ يَا أَسَفَىٰ عَلَىٰ يُوسُفَ وَابْيَضَّتْ عَيْنَاهُ مِنَ الْحُزْنِ فَهُوَ كَظِيمٌ ﴾ (يوسف: ٨٤) وأمام هذه المعضلة عقد ابن العربي المسألة الثالثة في شرح الآية فقال: «فإن قيل: فكيف استجاز يوسف الحيلولة بين أخيه وأبيه فيزيده حزنا على حزن وكربا على كرب. قلنا: إذا استوى الكرب جاء الفرج. جواب آخر: وذلك أنه كان بإذن من الله فلا اعتراض فيه. جواب ثالث: وذلك أن الحزن كان قد غلب على يعقوب غلبة لا يؤثر فيها فقد أخيه كل التأثير، أوَ لا تراه لما فقد أخاه قال: يا أسفي على يوسف»[٣].

١- المنتقى: ٣/ ٣٢٦.

٢- أحكام القرآن: ٣/٦٣.

٣- أحكام القرآن: ٣/ ٦٣.

الأصل الثالث: التمييز بين الوسائل والمقاصد.

تمهيد:

هذا المبحث هو فرع عن المتقدم قبله وأحد ثمراته، فالتمييز بين الوسائل والمقاصد هو أحد النتائج الطبيعية لإدراك التفاوت بين المصالح والمطلوبات. فقد اشتهر بين القواعد أن «المقاصد مقدمة على الوسائل»، و«يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد» وأن «الوسائل تسقط بسقوط المقاصد».

أما المقاصد: فهي الأعمال والتصرفات المقصودة لذاتها، والتي تسعى النفوس إلى تحصيلها بمساع شتى أو تحمل على السعي إليها امتثالا[١].

وأما الوسائل، فهي جمع وسيلة: وهي ما يطلب ويتخذ ويستعمل لا لذاته وإنما لتحصيل غيره. فالوسيلة شيء أو فعل يتوسل به إلى بلوغ المقصود[٢]. فالوسائل غير مقصودة لذاتها بل لتحصيل غيرها على الوجه المطلوب الأكمل، إذ بدونها لا يحصل المقصود أو يحصل معرضا للاختلال والانحلال[٣].

ولذلك كان للوسائل أحكام المقاصد، فالوسائل إلى الحسن حسنة، وإلى القبيح قبيحة. وأفضل الوسائل ما أدى إلى أفضل المقاصد[٤].

وقد تتعدد الوسائل إلى المقصد الواحد، فتعتبر الشريعة في التكليف بتحصيلها أقوى تلك الوسائل تحصيلا للمقصد المتوسل إليه بحيث يحصل كاملا، راسخا، عاجلا، ميسورا، فتقدمها على وسيلة هي دونها في التحصيل.

١- مقاصد الشريعة لابن عاشور:١٤٢.

٢- الفكر المقاصدي قواعده وفوائده:٧٧.

٣- نفسه، ص: ١٤٤.

٤- شجرة المعارف والأحوال: ٥٥ ـ٥٦.

فإذا قدرنا وسائل متساوية في الإفضاء إلى المقصد باعتبار أحواله كلها سوت الشريعة في اعتبارها. وتخير المكلف في تحصيل بعضها دون الآخر، إذ الوسائل ليست مقصودة لذاتها[١].

أما إذا تعين للمقصد وسيلة واحدة فيلزم الأخذ بها، إذ في إهدارها إهدار للمقصد المرجو من ورائها.

ويدعو الشيخ الطاهر بن عاشور إلى العناية بهذا الأصل عناية خاصة فيقول: « ويجب أن يكون تتبع أساليب مراعاة الشريعة لهذا الأصل من أكبر ما يهتم به المجتهدون والفقهاء في الاستنباط والتشريع وتعليل الشريعة. وما يهتم به القضاة والولاة في تنفيذ الشريعة، فإنه متشعب متفنن».

ويقدر الدكتور أحمد الريسوني أن التفريق بين المقاصد والوسائل هو أحد المرتكزات التي ستسهم في تنمية الفكر المقاصدي، ويحذر من مخاطر الخلط و عدم التمييز بينهما فيقول: «وأخيرا نجد من المرتكزات الضرورية التي تحكم فكرنا، وتؤدي إلى تنمية الفكر المقاصدي، التفريق بين المقاصد والوسائل. فهذه مسألة مهمة جدا، لأن الكثير ممن لا يفرقون بين المقاصد والوسائل في أحكام الشريعة، وفي الأحكام الاجتهادية قد يجعلون المقاصد من سبيل الوسائل، فيهونون أمرها، ويهونون شأنها. وقد يفعلون عكس ذلك، فيجعلون الوسائل في مقام المقاصد، فيعطونها أكثر مما تستحق، ويقدسونها ويعطلون بها ما أراده الشارع...

فالتفريق بين المقاصد والوسائل شيء مهم، لأن من لا يفرقون بينهما يقعون في تعسفات كثيرة وفي إعنات كثير»[٢].

١- محمد الطاهر بن عاشور: ١٤٥.

٢- آفاق التجديد، مقاصد الشريعة، ص: ٢٠٢-٢٠٣.

المبحث الأول
النظر في الوسائل من جانب الوجود

وأعني به النظر في الوسائل من حيث تحقيق المقاصد وإيجادها، فتحقيق المقاصد وتثبيتها يتطلب اجتهادا في الوسائل من حيث لزومها وتعينها لتحقيق ذلك المقصود أو عدم لزومه، ومن حيث أفضليتها بين غيرها من الوسائل واختيارها على هذا الأساس.

١- وجوب البحث عن الوسائل التي تحقق الجمع بين المصالح:

ومن أمثلته:

- متى تصوم المرضع في رمضان؟

قال الباجي: «مسألة: وأما المرضع، فإن ضعفت عن الصوم مع إرضاع ولدها، فإنه يجب عليه أن يستأجر له من يرضعه إن أمكن ذلك وقبل غيرها، فإن لم يقبل غيرها ولم يمكن الاستئجار له أرضعت ابنها»[١].

يمكن ترتيب النظر المصلحي في هذه المسألة حسب الخطوات الآتية:

الخطوة الأولى من النظر: محاولة الجمع بين المصالح قبل الترجيح، ووجوب الأخذ بالأسباب المحققة لذلك، بل وجوب الأخذ بأفضل الأسباب فأفضلها.

والمصلحتان هما صوم الأم وإرضاع الولد معا. وأفضل وسيلة لإرضاع الولد هو أمه؛ فإن وجدت الأم من نفسها القدرة على الصوم وأن ترضع ولدها، لزمها ذلك. وتكون بذلك قد جمعت بين مصلحة الصوم وإرضاع الولد بأفضل وسيلة.

أما الخطوة الثانية، فهي خطوة النزول في الوسائل مع المحافظة على المصالح. وذلك حين تضعف الأم عن الصوم مع إرضاع ولدها، فنجرب

١- المنتقى: ٣/ ٨٠.

إن كان الولد يقبل غيرها من المرضعات، وفي قدرة الأب استئجارها، فإنه يلزمه ذلك.

وبذلك نكون قد نزلنا في سلم الوسائل، من أفضل وسيلة: وهي الأم، إلى درجة أدنى منها: وهي المرضعة؛ وحافظنا على المصلحتين معا؛ وهما صوم الأم وإرضاع الولد، وعلى الجمع بينهما أيضا في أفضل أوقاتهما.

- حالات وجوب الإرضاع على الأم:

فقوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾(البقرة:٢٣٣) يحتمل أن يجعل الرضاع واجبا على المرأة أو حقا من حقوقها لها الخيرة فيه. قال ابن العربي: «اختلف الناس هل هو حق لها أم حق عليها ؟ واللفظ محتمل؛ لأنه لو أراد التصريح بقوله» عليها «لقال: وعلى الوالدات إرضاع أولادهن حولين كاملين، كما قال تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ ﴾ (البقرة:٢٣٣). لكن هو عليها في حال الزوجية، وهو عليها إن لم يقبل غيرها، وهو عليها إذا عدم الأب لاختصاصها به»[١].

وإنما تسنى لابن العربي تحقيق هذا الإشكال ورفع الاحتمال بالتمييز بين الوسائل والمقاصد؛ فإن المقصد الأكبر هو إرضاع الولد، فإن تعينت الأم وسيلة وحيدة لإرضاعه كان حقا عليها ذلك، فإن وجد من يرضع الابن غير الأم وقبلها أصبحت الأم في خيرة من أمرها، إن شاءت أرضعته وإن شاءت تركته؛ وإن كان الأفضل هو أن ترضعه الأم.

وإنما اشترط قبول الابن لغير الأم في الرضاع لأن رضاعه هو المقصود الأعظم، وعليه تدور كل الوسائل .

فإن وجد من يرضع الابن غير الأم وقبلها وأراد الأب من الأم أن تتفرغ له ارتفع حقها في التخيير، وأصبح لازما عليها أن تسلم الابن إلى من يرضعه، جمعا بين مصلحته ومصلحة الأب. قال ابن العربي :

١- أحكام القرآن: ١/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦ .

«وإذا أراد الأب أن يرضع غير الأم وهي في العصمة لتتفرغ له جاز ذلك، ولم يجز لها أن تختص به إذا كان يقبل غيرها لما في ذلك من الإضرار بالأب. بل لما في ذلك من غيال الابن. فاجتماع الفائدتين يوجب على الأم إسلام الولد إلى غيرها ولما في الآية من الاحتمال في أنه حق لها أو عليها»[1].

ويؤخذ من الكلام الأخير لابن العربي أن الجمع بين المصالح واجب ما تيسر إلى ذلك من سبيل: «اجتماع الفائدتين يوجب ...» وأن الوسائل أخفض رتبة من المقاصد، فقد سقط إرضاع الأم لما تعينت مصلحة التفرغ للأب.

وخلاصة الأمر فيه هو اعتماد النظر المصلحي للجمع ما أمكن بين مصالح الأسرة كلها؛ ولذلك قال في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة:٢٣٣): «هذا عند خيفة الضيعة على الولد عند الأم والتقصير أو الإضرار بالوالد في اشتغال الأم عن حقه بولدها، أو الإضرار بالولد في الاغتيال ونحوه؛ فان اختلفوا نظر للصبي، فإن أوجب النظر أن يسترضع له استرضع، إذا أعطى المرضع حقه من أم أو ظئر»[2].

٢- الأخذ بأفضل الوسائل:

وأساس أفضليتها هو عموم منفعتها وسهولة تناولها، ومثاله ما روى مالك عن حميد بن قيس عن مجاهد أبي الحجاج عن ابن أبي ليلى عن كعب بن عجرة أن رسول الله ﷺ قال له: لعلك آذاك هوامك؟ فقلت: نعم يا رسول الله! فقال رسول الله ﷺ: احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين أو انسك بشاة[3].

١- نفسه.

٢- نفسه: ١/ ٢٧٧.

٣- الموطأ، كتاب الحج، باب فدية من حلق قبل أن ينحر.

قال الباجي: « هذا يدل على أن إزالة القمل عن رأس الإنسان ممنوع ومما يجب به الفدية و إلا فقد كان يأمره بمشط رأسه واستعمال ما يقتلها ويزيلها مع بقاء شعره لكن لما كانت الضرورة تبيح الأمرين لأنه إنما تجب بإزالتها في حال واحدة فدية واحدة وهو أقرب تناولا فيما يريد وأعم منفعة وراحة أمره بالحلاق»[١].

٣- سقوط وسيلة واحدة من متعدد لا يعني سقوط المقصد:

وذلك إذا كان للمقصد عدة وسائل يمكن أن يتحقق من خلالها، وبهذا نفسر إيجاب الزكاة على المحبوس ونحوه ممن منع من التصرف المباشر في ماله، وسقوطها عن المغصوب ومن شابهه ممن منع من عين ماله. قال الباجي: «قال القاضي أبو الحسن بن القصار: إن من كان ممنوعا من التصرف في ماله بكل حال فلا زكاة عليه فيه إلا لحول واحد، وإن أقام أحوالا كثيرة، كالمغصوب والملتقط والدين والقرض والمال الذي جحده المودَع، خلافا لأبي حنيفة والشافعي.

والدليل على ذلك أن هذا مال منع من تنميته فلم تجب فيه زكاة، كالذي خرج عن ملكه، قال: ولا يلزم على هذا مال المحبوس، لأنه قادر على تنميته بالوكالة، والله أعلم»[٢].

فالمحبوس لم يمنع من القصد، وهو تنمية ماله، حتى تسقط عنه الزكاة؛ وإنما منع من وسيلة واحدة لتحقيق ذلك، وهي تصرفه المباشر فيه، وهي ليست وسيلة لازمة ووحيدة لتنمية المال. بل يمكنه التصرف في ماله، وتنميته بطرق غير مباشرة، كالوكالة.

أما المغصوب أو الملتقط أو المال الذي جحده المودَع فإنه منع من عين المال،

١- المنتقى: ٤/ ١٣٣.

٢- المنتقى: ٣/ ١٦٤ـ ١٦٥ـ ١٦٦.

فسقطت بذلك كل الوسائل لتنميته، ومن تم سقط شرط إيجاب الزكاة لكل حول، وبقيت لحول واحد حين يسترده.

٤- تقدير الوسائل بحسب تقدير المقاصد:

مَالك عَنْ نَافع عَنْ ابْن عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَأَى فِي بَعْضِ مَغَازِيهِ امْرَأَةً مَقْتُولَةً، فَأَنْكَرَ ذَلِكَ، وَنَهَى عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ[1].

قال الباجي: «قوله «رأى في بعض مغازيه امرأة مقتولة، فأنكر ذلك» يحتمل أن يكون ﷺ علم من حال تلك المرأة أنها لم تقاتل، ويحتمل أن يكون حمل أمرها على المعهود من حال النساء في بعدهن عن القتال والمنعة.

وقد روى رباح بن ربيع قال: «كنا مع رسول الله ﷺ في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال: انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء فقال: امرأة مقتولة فقال: ما كانت هذه لتقاتل قال: وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال لخالد: لا تقتل امرأة ولا عسيفا».

عمل الباجي في الكلام على هذا الحديث على استخراج مناط النهي عن قتل النساء والصبيان في الغزو، وبين أنه هو عدم وجود القتال منهن. ومن ثم علق النهي عن القتال على تحقق مناطه. فإن انعدم من النساء القتال لم يقتلن؛ وإن وجد منهن القتال قتلن فقال:«فهذا يقتضي أن المنع من قتل النساء والصبيان لأنهم لا يقاتلون، وفيهن معنى آخر، أنهن من الأمور التي يستعان بها على العدو، وينتفع بها دون مخافة منهن، فأما إن قاتلوا، فإنهن يقتلن؛ لأن العلة التي منعت من قتلهن عدم القتال منهن، فإذا وجد منهن وجدت علة إباحة قتلهن؛ لأن الحاجة داعية إلى دفع مضرتهن وإزالة منعهن الموجود في الرجال»[2].

غير أن مضرة النساء في الغزو ليست على وزان واحد. فمنها القتل؛ ومنها

١- الموطأ، كتاب الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو.

٢- المنتقى: ٤/٣٣٢ـ٣٣٣.

دون ذلك. الأمر الذي اقتضى النظر في درجات تلك المضرة ووسائل قياس شدتها و سبل دفعها. فعقد لذلك المسألة التالية وجاء فيها:

«مسألة: وهذا إذا قاتلن بالسلاح والرمح وشبهه. وأما الرمي بالحجارة، فهل يبيح قتلهن أم لا ؟ قال ابن حبيب: لا يستباح بذلك قتلهن، ورواه ابن نافع عن مالك.

وجه ذلك أن مضرة هؤلاء ضعيفة وغناهن عن قومهن قليل، فلا حاجة بنا إلى قتلهن ومنع الانتفاع بهن. وقال سحنون: يرميهن المسلمون بالحجارة وإن قتلن في ذلك. ووجه ذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعۡدَ ظُلۡمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيۡهِم مِّن سَبِيلٍ ﴾ (الشورى:٤١) [1].

ومن خلال ما أورد من أسئلة وتوجيهات يتضح ما يلي:

- أن الوسائل المتذرع بها تكشف عن درجة المصالح المطلوب تحصيلها. فمن قاتلت بالسلاح والرماح تبين أن قصدها هو أن تقتل؛ وأن مضرتها شديدة. أما من قاتلت بالحجارة فمضرتها على المسلمين ضعيفة.

- أنه يجب اتخاذ الوسائل التي تتناسب وقدر المصالح المراد تحصيلها. والمصلحة هنا هي دفع مضرة النساء المقاتلات. فمن قاتلت من النساء بالسلاح وجب صد أذاها بالسلاح. أما من رمت بالحجارة فيكتفى برد أذاها بحجارة تناسبها.

وعلى هذا الأساس، فمن أخذ في درء مفسدة أو جلب مصلحة بوسائل لا تتناسب ومقدار تلك المصالح أو المفاسد استحق العتاب والملامة. وينظر في هذا التناسب من جانبي الإفراط والتفريط. فمن قصر في الوسائل الكفيلة في جلب مصلحة فقد ضيع تلك المصلحة؛ ومن أفرط في الوسائل لجلب مصلحة فقد أهدر شيئا من إمكاناته وطاقاته مما يمكن أن يجلب به مصالح أخرى.

١- المنتقى: ٤/٣٣٣.

وأرى من المناسب هنا أن أذيل بمثال آخر ورد عند الإمام أبي بكر بن العربي في عارضته، مفرعا على حديث: «عن محمد بن إبراهيم عن أم ولد لعبد الرحمن بن عوف قالت: قلت لأم سلمة: إني امرأة أطيل ذيلي وأمشي في المكان القذر، فقالت: قال رسول الله ﷺ يطهره ما بعده»[١].

قال ابن العربي: «إذا مشى حافيا فوطئ برجله ما وطئ بنعله: فإن كان عن شح لم يجزه إلا الغسل؛ وإن كان عن عدم فهو كالخف»[٢].

فانظر كيف فرق بين حالتي التفريط وعدمه. إذ لما مشى حافيا عن شح فأصابته النجاسة لزمه الغسل؛ إذ فرط في أخذ الوسيلة التي تدرأ عنه النجاسة. أما إن مشى حافيا لعدم الخف فأصابته النجاسة أعذر في ذلك.

وهذا التناسب يكشف عن وجه وسطية الشريعة في تقدير المقاصد والوسائل.

٥- وضع السبب قصد إلى وضع المسبب:

فالقصد من تشريع التوثيق والشهادة على الحقوق هو المحافظة عليها. قال ابن العربي: «قال علماؤنا رحمة الله عليهم: لما أمر الله سبحانه بالتوثيق بالشهادة على الحقوق كان ذلك دليلا على المحافظة في مراعاة المال وحفظه، ويعتضد بحديث النبي ﷺ: نَهَى عَنْ قِيلَ وَقَالَ وَكَثْرَةِ السُّؤَالِ وَإِضَاعَةِ الْمَالِ[٣]»[٤].

٦- كل وسيلة تحصل المقصود فهي جائزة:

في حديثه عن الاستياك ووسيلته قال ابن العربي: «وهي قضبان الأشجار إقتداء بالنبي المختار، وأفضلها الأراك لأنها كانت سواك النبي وأصحابه،

١- جامع الترمذي، كتاب الطهارة، باب ما جاء في الوضوء من الموطإ.

٢- عارضة الأحوذي: ١/٢٠٥.

٣- الموطأ، كتاب الجامع باب ما جاء في إضاعة المال وذم ذي الوجهين.

٤- أحكام القرآن: ١/٣٤٧.

ولها أثر حسن في تصفية الأسنان وتطييب النكهة ولين الجرم. فإن عدمت فما في معناها مما يصفي ويلين. ثم قال: وقال بعض المتأخرين: لو تمضمض بغاسول لم يجزه؛ وهذا لا يصح لأن الغرض إزالة القلح، فبأي وجه حصل جاز»[1].

٧- انقسام الوسائل إلى فروض الأعيان وفروض الكفاية :

ومعناه أن الكفاية والأعيان كما يتصوران في الواجبات والمندوبات يتصوران في الوسائل. فإذا أقيمت بعض الوسائل وحصل المقصود كان إقامة المزيد من الوسائل عبثا لا يحصل من المصلحة شيئا[2].

ففي قوله تعالى:﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾(البقرة:٢٨٢)، قال ابن العربي:«إذا كانت حالة التحمل فهي فرض على الكفاية، إذا قام به البعض سقط عن البعض؛ لأن إباية الناس كلهم عنها إضاعة للحقوق، وإجابة جميعهم إليها تضييع للأشغال؛ فصارت كذلك فرضا على الكفاية. ولهذا جعلها أهل تلك الديار ولاية، فيقيمون للناس شهودا يعينهم الخليفة ونائبه ويقيمهم للناس ويبرزهم لهم، ويجعل لهم من بيت المال كفايتهم فلا يكون لهم شغل إلا تحمل حقوق الناس حفظا وإحياؤها لهم أداء»[3].

٨- التدرج في النزول في الوسائل :

وذلك بالنزول من الفاضل إلى المفضول، أعني مما يحقق المقصود كاملا إلى ما دونه في الكمال؛ ومنه النزول في الحَكَمين من درجة الأهل والأقربين إلى درجة الجيران. قال ابن العربي: «الأصل في الحكمين أن يكونا من الأهل، والحكمة في ذلك أن الأهل أعرف بأحوال الزوجين وأقرب إلى أن يرجع الزوجان إليهما ، فأحكم الله سبحانه الأمر بأهله.

١- عارضة الأحوذي١/٥٥ـ٥٦.

٢- الفروق: الفرق الثالث عشر بين قاعدتي فرض الكفاية وفرض العين.

٣- أحكام القرآن :١/٣٣٨ .

قال علماؤنا: فإن لم يكن لهما أهل، أو كان ولم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم العدالة أو غير ذلك من المعاني، فإن الحاكم يختار حكمين عدلين من المسلمين لهما، أو لأحدهما كيفما كان عدم الحكمين منهما أو من أحدهما، ويستحب أن يكونا جارين؛ وهذا لأن الغرض من الحكمين معلوم، والذي فات بكونهما من أهلهما يسير، فيكون الأجنبي المختار قائما مقامهما، وربما كان أوفى منهما»[1].

و يؤخذ من تفصيل ابن العربي أن الوسائل ليست في درجة واحدة لتحقيق المقصود، وأنه إذا تعذرت الوسيلة الأولى لتحقيق المقصود لزم البحث عن الوسيلة الأقرب إليها في تحقيق ذلك المقصد.

ومن ذلك أيضا التعريض بالكفر عند الإكراه عليه، فإنه يبقي على الإيمان لفظا و معنى، ظاهرا وباطنا. قال ابن العربي: «قَال المحققون من علمائنا: إنه إذا تلفظ بالكفر أنه لا يجوز له أن يجري على لسانه إلا جريان المعاريض، ومتى لم يكن كذلك كان كافرا أيضا. وهو الصحيح؛ فإن المعاريض أيضا لا سلطان للإكراه عليها، مثاله أن يقال له: اكفر بِاللّه، فيقول: أنا كافر بِاللّه، يريد بِاللاهي، ويحذف الياء كما تحذف من الغازي والقاضي والرامي، فيقال: الغاز والقاض و الرام. وكذلك إذا قيل له: اكفر بالنبي، فيقول: هو كافر بالنبي، وهو يريد بِالنبي المكان المرتفع من الأرض. فإن قيل له: اكفر بِالنبِيء مهموزا، يقول: أنا كافر بِالنبيء بِالهمز، ويريد به المخبر أي مخبر كان»[2].

٩- حصول المقاصد يغني عن البحث عن الدوافع:

ومستند القاعدة قوله ﷺ : إذا رأى أحدكم من امرأة ما يعجبه فليأت أهله فإن معها مثل الذي معها. قال ابن العربي : هذا على حكم الفعل

١- أحكام القرآن : ٥٤٢/١ .

٢- أحكام القرآن: ١٦٠/٣-١٦١.

وفائدته العقلية . وذلك أن النظر مثير لشهوة الوطء ... وفي مثله أن المقاصد إذا حصلت لم يسأل عن أسبابها لا سيما والرجل يرى أحسن ما في المرأة وهو وجهها وأنقاه وأطهره ، فلا يكون الاستحسان له طريقا إلا إلى أقبح موضع فيها وأخسه، وهذا نقصان عظيم سترته حجب الشهوة ووقع المرء على غفلة»[1] .

١- العارضة : ٣/٩٢ .

المبحث الثاني
النظر في الوسائل من جانب العدم

وأعني به النظر في الوسائل من حيث سقوط المقاصد، سواء كان الأمر من جهة أثر سقوط المقاصد على الوسائل، أو من حيث أثر إسقاط الوسائل على إسقاط المقاصد. ولبيان ذلك أسوق الأمثلة التالية:

١- سقوط المقصد يؤدي إلى سقوط كل الوسائل الموصلة إليه:

سئل مالك عن رجل تصدق بصدقة فوجدها مع غير الذي تصدق بها عليه تباع أيشتريها فقال تركها أحب إلي[١].

ومعناه أنه يكره له شراؤها من غير المتصدَّقِ عليه من غير تحريم. قال الباجي معللا وجه الكراهة: «لأنه قد كان أزال ملكه عنها لله تعالى، وهو مضارع للرجوع في الصدقة من هذا الوجه»[٢].

والرجوع في الصدقة منهي عنه بقوله ﷺ: العائد في هبته كالعائد في قيئه[٣].

فإن وجدها عند المتصدق عليه حرم عليه الرجوع فيها بكل الوسائل، كأن يشتريها هو بنفسه أو يوكل غيره بذلك. ولذلك نقل الباجي عن مالك في الموازية: «ولا يشتريها من المتصدق عليه، ولا يدس من يشتريها منه»[٤].

١- موطأ مالك، كتاب الزكاة، باب اشتراء الصدقة والعود فيها.

٢- المنتقى: ٣/ ٢٩٢.

٣- صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته.

٤- المنتقى ٣/ ٢٩٢.

٢- إسقاط الوسائل قصد لإسقاط المقاصد:

ومن أمثلته:

- إخراب المساجد يعني منع من إقامة الصلاة:

ففي قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ وَسَعَىٰ فِى خَرَابِهَآ﴾ (البقرة:١١٤) قال ابن العربي: «فائدة هذه الآية تعظيم أمر الصلاة؛ فإنها لما كانت أفضل الأعمال وأعظمها أجرا كان منعها أعظم إثما. وإخراب المساجد تعطيل لها وقطع بالمسلمين في إظهار شعائرهم وتأليف كلمتهم»[١].

وهنا يشير ابن العربي إلى أمور هامة جدا هي:

ـ أن المصلحة إذا كانت في أعلى درجات المصالح، فإن تفويتها في أدنى دركات المفاسد. فالصلاة لما كانت من أعظم المصالح كان تفويتها من أعظم المفاسد.

ـ أن درجة الوسيلة هو بحسب ما تحصله من المصلحة، فإذا كانت المصلحة عظيمة عظمت الوسيلة التي تحققها، أو كما يقول العز بن عبد السلام: «شرف الوسائل مستفاد من شرف المقاصد»[٢] ولما كانت صلاة الجماعة شعار الإسلام والمسلمين عظم قدر المساجد لأنها الوسيلة الوحيدة لإظهار هذه الشعيرة.

١- أحكام القرآن: ١/٥٠ـ٥١.

٢- شجرة المعارف والأحوال: ٣١٥.

ـ أن الوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل، والوسيلة إلى أرذل المقاصد هي أرذل الوسائل. فعمارة المساجد من أعظم الأعمال لأنها تظهر شعائر الإسلام وتؤلف بين المسلمين، وإخراب المساجد أشد المفاسد لأنها توفت هذه المصالح.

وفي السياق ذاته يمكن أن أقول إن الوسيلة إذا لم تعد تحقق المقصود أو تنقضه رأسا بطلت. فإذا اتخذ المسجد لغير ما شرع له انتفت حرمته، ولهذا قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُواْ مَسۡجِدٗا ضِرَارٗا وَكُفۡرٗا وَتَفۡرِيقَۢا بَيۡنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَإِرۡصَادٗا لِّمَنۡ حَارَبَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ مِن قَبۡلُۚ وَلَيَحۡلِفُنَّ إِنۡ أَرَدۡنَآ إِلَّا ٱلۡحُسۡنَىٰۖ وَٱللَّهُ يَشۡهَدُ إِنَّهُمۡ لَكَٰذِبُونَ ﴾ (التوبة: ١٠٧).

وقد عزز ابن العربي الحديث عن هذا المقصد من المساجد حين التعليق على قوله تعالى: ﴿ وَتَفۡرِيقَۢا بَيۡنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ﴾ فقال: «يعني أنهم كانوا جماعة واحدة في مسجد واحد، فأرادوا أن يفرقوا شملهم في الطاعة وينفردوا عنهم للكفر والمعصية، وهذا يدلك على أن المقصد الأكثر والغرض الأظهر من وضع الجماعة تأليف القلوب، والكلمة على الطاعة، وعقد الذمام والحرمة بفعل الديانة، حتى يقع الأنس بالمخالطة وتصفو القلوب من وضر الأحقاد و الحسادة.

ولهذا المعنى تفطن مالك رضي الله عنه حين قال: إنه لا تصلى جماعتان في مسجد واحد، ولا بإمامين، ولا بإمام، خلافا لسائر العلماء، وقد روي عن الشافعي المنع حيث كان ذلك تشتيتا للكلمة، وإبطالا لهذه الحكمة، وذريعة إلى أن نقول: من أراد الانفراد عن الجماعة كان له عذر، فيقيم جماعته، ويقدم إمامته؛ فيقع الخلاف، ويبطل النظام، وخفي ذلك عليهم وهكذا كان شأنه معهم، وهو أثبت قدما منهم في الحكمة، وأعلم بمقاطع الشريعة»[1].

١- أحكام القرآن: ٢/٥٨٢.

وقد استدرك ابن العربي على نفسه بعدما توقف عند حديث النبي ﷺ من رواية أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: «جاء رجل وقد صلى رسول الله ﷺ فقال: أيكم يتجر على هذا ؟ فقام رجل فصلى معه»[١]. فقال ابن العربي: «وهذا معنى محفوظ في الشريعة عن زيغ المبتدعة لئلا يتخلف عن الجماعة ثم يأتي فيصلي بإمام آخر فتذهب حكمة الجماعة وسنتها؛ لكن ينبغي إذا أذن الإمام في ذلك أن يجوز...وهو قول بعض علمائنا وهذا مبني على أن ذلك حق الإسلام أو حق الإمام»[٢].

- قصد العالم السكوت عن الحق يعني القصد إلى كتمانه:

- وفي قوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَكۡتُمُونَ مَآ أَنزَلۡنَا مِنَ ٱلۡبَيِّنَٰتِ وَٱلۡهُدَىٰ مِنۢ بَعۡدِ مَا بَيَّنَّٰهُ لِلنَّاسِ فِي ٱلۡكِتَٰبِ أُوْلَٰٓئِكَ يَلۡعَنُهُمُ ٱللَّهُ وَيَلۡعَنُهُمُ ٱللَّٰعِنُونَ ﴾ (البقرة:١٥٩)؛ قال ابن العربي: استدل بها علماؤنا على وجوب تبليغ الحق وبيان العلم على الجملة. وللآية تحقيق هو أن العالم إذا قصد الكتمان عصى وإذا لم يقصده لم يلزمه التبليغ إذا عرف أن معه غيره...ثم قال: إن كان هناك من يبلغ اكتفى به، وإن تعين عليه لزمه. وسكت الخلفاء عن الإشارة بالتبليغ لأنهم كانوا في المنصب من يرد ما يسمع أو يمضيه مع علمهم بعموم التبليغ»[٣].

وفي هذا المثال تظهر أمور جليلة منها:

- أن تبليغ الحق خاصة وبيان العلم عامة هو مقصد أعظم.
- أن العلماء هم الوسيلة لتحقيق هذا المقصد.
- أنه إذا كثرت الوسائل لتحقيق مقصد معين لم يلزم الأخذ بواحد منها، وإن تعين واحد منها لزم الأخذ به عند ذاك.

١- سنن الترمذي، كتاب الصلاة، باب ما جاء في الجماعة في مسجد قد صلي فيه مرة.

٢- عارضة الأحوذي بشرح جامع الترمذي :١/ ٢٨٠.

٣- أحكام القرآن : ١/ ٨٢ـ ٨٣ـ ٨٤ .

- أن المقصد يحرم القصد إلى إبطاله وإن لم يأخذ بالوسائل التي تبطله. فالعالم يأثم إذا قصد كتمان الحق وإن توفر من يظهره.

٣- التوصل إلى المباح بالمحظور لا يجوز:

وهي قاعدة تحكم النظر في الوسائل الموصلة إلى المحظور، إذا كانت مصلحة المقصود أدنى من مفسدة الوسيلة لم يجز الأخذ بها.

ففي تفسير قوله تعالى: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ (الفتح:٢٥) قال ابن العربي: «يعني المؤمنين منهم لعذبنا الذين كفروا منهم عذابا أليما؛ تنبيه على مراعاة الكافر في حرمة المؤمن إذا لم تمكن إذاية الكافر إلا بإذاية المؤمن. وقال أبو زيد: قلت لابن القاسم: أرأيت لو أن قوما من المشركين في حصن من حصونهم حصرهم أهل الإسلام وفيهم قوم من المسلمين أسارى في أيديهم، أيحرق هذا الحصن أم لا يحرق؟ قال: سمعت مالكا وسئل عن قوم من المشركين يرمون في مراكبهم أخذوا أسارى من المسلمين وأدركهم أهل الإسلام فأرادوا أن يحرقوهم ومراكبهم بالنار ومعهم الأسارى في مراكبهم. قال: فقال مالك: لا أرى ذلك لقوله تعالى لأهل مكة: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ وقد جوز أبو حنيفة وأصحابه والثوري الرمي في حصون المشركين وإن كان فيهم أسارى المسلمين وأطفالهم. ولو تترس كافر بولد مسلم رمي المشرك وإن أصيب أحد من المسلمين فلا دية فيه ولا كفارة. وقال الثوري: فيه الكفارة ولا دية فيه. وقال الشافعي بقولنا. وهذا ظاهر فإن التوصل إلى المباح بالمحظور لا يجوز ولا سيما بروح المسلم. فلا قول إلا ما قاله مالك، والله أعلم»[1].

١- أحكام القرآن: ٤/ ١٣٨ ـ ١٣٩.

٤- حسم الوسائل المضيعة للمقصود:

ففي قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ ذَٰلِكُمۡ خَيۡرٞ لَّكُمۡ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ﴾ (الجمعة:٩) قال ابن العربي: وهذا مجمع على العمل به ولا خلاف في تحريم البيع. واختلف العلماء إذا وقع . ففي المدونة : يفسخ . وقال المغيرة: يفسخ ما لم يفت. وقاله ابن القاسم في الواضحة وأشهب. وقال في المجموعة: البيع ماض.

وقال ابن الماجشون: يفسخ بيع من جرت عادته به. وقال الشافعي: لا يفسخ بكل حال. وأبو حنيفة يقول بالفسخ في تفصيل قريب من المالكية . وقد بينا توجيه ذلك في الفقه . وحققنا أن الصحيح فسخه بكل حال لقوله عليه الصلاة والسلام في الصحيح : من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد. فإن كان نكاحا فقال ابن القاسم في العتبية: لا يفسخ. قال علماؤنا: لأنه نادر. ويقرب هذا من قول ابن الماجشون : يفسخ بيع من جرت عادته بالبيع. وقالوا إن الشركة والهبة والصدقة نادر لا يفسخ . والصحيح فسخ الجميع لأن البيع إنما منع للاشتغال به . فكل أمر يشغل عن الجمعة من العقود كلها فهو حرام شرعا مفسوخا ردعا»[١].

٥- سقوط الوسائل بسقوط المقاصد:

ومنه انتفاء العلم بانتفاء فوائده، فقد نفى الله تعالى عن المشركين العلم بقوله ﴿ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَوۡمٞ لَّا يَعۡلَمُونَ ﴾ (التوبة:٦) وذلك لنفي فائدته من الاعتبار والاستبصار، وقد ينتفي الشيء بانتفاء فائدته؛ إذ الشيء إنما يراد لمقصوده، فَإِذَا عدم المقصود فكأنه لم يوجد[٢].

١- أحكام القرآن: ٤/ ٢٥٠.

٢- أحكام القرآن: ٢/ ٤٦٠

ومنه أيضا سقوط الأجل بوضع الحمل، فإذا وضعت المتوفى عنها زوجها ولو بعد وفاته بلحظة، وهو ما صححه ابن العربي خلافا لابن عباس الذي ذهب إلى أنها لا تحل إلا بانقضاء الأشهر. وقد استند ابن العربي إلى الأثر والمعنى. أما من جهة الأثر فحدِيث سبيعة الأسلمية أنها وضعت بعد وفاة زوجها بليال، فقال لَها النبي ﷺ: قد حللت، فانكحي من شئت. صحت رواية الأئمة له.

وأما من جهة المعنى فلأن الحمل إذا وضع فقد سقط الأجل بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق:٤) وسقط المعنى الموضوع لأجله الأجل، وهو مخافة شغل الرحم؛ فأي فائدة في الأشهر؟ وإذَا تمت الأشهر وبقي الحمل فليس يقول أحد: إنها تحل؛ وهذا يدلك على أن حديث سبيعة جلاء لكل غمة، وعلا علَى كل رأي وهمة[1].

١- أحكام القرآن ١/ ٢٨٠.

الأصل الرابع: مراعاة مقاصد المكلف.

و أصل عظيم من أصول النظر المصلحي، فهو الوجه الأخر لاعتبار مقاصد الشريعة الإسلامية وأحد لوازمها؛ إذ الغرض من وضع الشريعة هو تحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل معا، ولن يتم ذلك إلا بتحقيق المكلف لمقصدين عظيمين هما:

أولا التكليف بمقتضاها، أي أن يخضع المكلف لأوامر الشريعة ومقتضياتها.

وثانيا: أن يقصد من أعماله ما قصده الشارع منها. أي أن على المكلف أن يدخل تحت الشريعة عملا ومقصدا.

وهكذا يحمي هذا الأصل عمل المكلف؛ إذ يدعوه هذا الأصل إلى أن يعمل جاهدا على أن يتوافق في عمله مع مراد ربه منه. وتتضح هذه المسألة خاصة في الأعمال التي يكون فيها الباعث جبليا، حيث يندفع المكلف إلى العمل فيصرفه الشيطان عن القصد التعبدي منه. ومثال على هذا أضحية العيد؛ فبعض الناس يسارعون إلى شراء وذبح أفضل الضحايا، ولكن باعثهم إلى ذلك قد يكون مجرد أكل اللحم، مما يحرمهم من ثوابها العظيم. ومثال آخر على هذا الزواج، فمن الرجال من يتزوج لكن دون أن يحضر ببالهم قصد الاستنان بالنبي ﷺ والاستعفاف وتكثير النسل، فيحرمون من ثواب عظيم.

كما أن هذا الأصل يحمي الشريعة من انتحال المبطلين، الذين يسعون من خلال إقامة أشكالها وقوالبها إلى إبطال غاياتها ومراميها. وهي مهمة جليلة تقع على عاتق المجتهدين والمفتين، إذ يحثهم هذا الأصل، عند نظرهم في تصرفات المكلفين، على ضبط فتاواهم بمدى توافق مقاصدهم منها مع مقاصد الشارع، وان لا يغتروا بالظواهر من الأقوال والأفعال. وأن ينظروا في شواهد الحال التي تلف المسألة المعروضة عليهم، ثم يحكموا

لها بما يناسبها بناء على موافقتها لقصد الشارع أو مخالفته. وهي قضية في غاية الخطورة، تستدعي من المفتي يقظة وبصيرة بحال المكلف وسياق أفعاله. ولعله لهذا الغرض قص الله تعالى علينا قصة مسجد ضرار، وبين الله تعالى مراد المنافقين منه، ومنع من الصلاة فيه، بل وهدمه أيضا؛ وذلك لأن الغرض منه كان التفريق بين المؤمنين ومحاربة الله ورسوله. قال الله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُواْ مَسۡجِدٗا ضِرَارٗا وَكُفۡرٗا وَتَفۡرِيقَۢا بَيۡنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَإِرۡصَادٗا لِّمَنۡ حَارَبَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ مِن قَبۡلُۚ وَلَيَحۡلِفُنَّ إِنۡ أَرَدۡنَآ إِلَّا ٱلۡحُسۡنَىٰۖ وَٱللَّهُ يَشۡهَدُ إِنَّهُمۡ لَكَٰذِبُونَ ﴿١٠٧﴾ لَا تَقُمۡ فِيهِ أَبَدٗاۚ لَّمَسۡجِدٌ أُسِّسَ عَلَى ٱلتَّقۡوَىٰ مِنۡ أَوَّلِ يَوۡمٍ أَحَقُّ أَن تَقُومَ فِيهِۚ فِيهِ رِجَالٞ يُحِبُّونَ أَن يَتَطَهَّرُواْۚ وَٱللَّهُ يُحِبُّ ٱلۡمُطَّهِّرِينَ ﴾ (التوبة: ١٠٧-١٠٨).

يتبين إذن أن كل حديث عن مقاصد الشارع سيبقى مجرد شعارات إذا لم يقترن بمقاصد المكلف، فالمكلف هو الذي عهد إليه بتحقيق مقاصد الشارع من خلال أفعاله وتصرفاته، ولن يتحقق ذلك إلا إذا توافق قصده مع مقاصد الشريعة، فضلا عن توافق أفعاله مع تكليفات الشرع.

ومن أمثله مراعاة مقاصد المكلف عند الإمامين الباجي وابن العربي:

•أمثلة مراعاة مقاصد المكلف عن الإمام الباجي:

١- أثر مراعاة قصد الجهاد في استحقاق السهم في القتال:

قَالَ يحيى: سمعت مَالكا يقول فِي الْأَجير فِي الْغَزْو: إِنَّهُ إِنْ كَانَ شَهِدَ الْقِتَالَ، وَكَانَ مَعَ النَّاسِ عِنْدَ الْقِتَالِ، وَكَانَ حُرًّا فَلَهُ سَهْمُهُ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ، فَلَا سَهْمَ لَهُ.

قال الباجي: «وهذا كما قال: إن الأجير لا سهم له إذا لم يشهد القتال... والأصل في هذه المسألة على المشهور من المذهب أن الغنيمة إنما تجب للجهاد والقتال والتعاون على الظهور على العدو.

فمن دخل أرض العدو ولم يظهر غرضا غيره ولا مقصدا سواه، كان وقوفه في الجيش ومقامه في العسكر يقوم مقام القتال؛ لأنه لم يدخل لغيره، فإما أن يقاتل أو يحفظ المقاتل أو يكثر السواد.

ومن أظهر غرضا غيره في تجارة أو إجارة أو صناعة، فلا حق له؛ لأن حضوره لم يكن معونة ولا جهادا، فإن قاتل ثبت حقه في الغنيمة؛ لأن المقصود من الغزو والجهاد قد وجد منه، وليس اكتسابه في طريقه وانتفاعه بعمله مما يبطل جهاده إذا وجد مقصوده منه كالحاج يتجر.

مسألة: إذا ثبت ذلك فإنه يستحق الغنيمة بما ذكرناه من أنه تثبت له صفات الكمال، وهي ست صفات: العقل، والإسلام، والبلوغ، والذكورة، والحرية، والصحة.

فأما العقل؛ فإن كان معه منه ما يمكنه به القتال أسهم له، لأن مقصود الجهاد يصح منه. فإن كان مطبقا لا يتأتى منه القتال لم يسهم له»[1].

قال: وسمعت مالكا يقول: وَأَرَى أَنْ لَا يُقْسَمَ إِلاَّ لِمَنْ شَهِدَ الْقِتَالَ مِنَ الْأَحْرَارِ.

تحرير مذهب مالك في هذه المسألة أن الغازي إن وجد منه الخروج من منزله إلى الغزو، فقد وجد منه الشروع في العمل، فمن لم يوجد منه اختيار الرجوع عن الغرض المقصود من الغزو، وهو القتال أو حضوره، فحكمه حكم الدخول إلى أرض الحرب، ولا اعتبار بما قبل ذلك.

ومتى وجد منه الدخول إلى أرض الحرب، فلا يخرجه عن ذلك، ولا يمنعه السهمَ هو ولا غيره إلا الرجوع إلى أرض الإسلام باختياره.

وأما الرجوع على وجه الغلبة، فقد روى ابن المواز عنه أن ذلك لا يخرجه عن أهل السهم[2].

١- المنتقى: ٤/٣٥٦ـ٣٥٧.

٢- المنتقى: ٤/ ٣٥٩.

ونستفيد من هذه المسائل أن على المكلف أن يراعي في مقاصده ونواياه الأحكام الآتية:

- أن لا يظهر غرضا يناقض قصد الشارع.
- من أظهر غرضا يناقض قصد الشارع بطل قصده: فمن أظهر غرضا غير قصد الجهاد والقتال والتعاون على الظهور على العدو من تجارة، أو إجارة، أو صناعة، فلا حق له في السهم.
- إذا حصل المقصود الأصلي لم يضره حصول غيره من المقاصد التبعية: فمن اكتسب في طريقه وانتفع بعمله ثبت حقه في الغنيمة إذا قاتل، لأن المقصود من الغزو والجهاد قد وجد منه؛ وليس اكتسابه في طريقه وانتفاعه بعمله مما يبطل جهاده إذا وجد مقصوده منه كالحاج يتجر.
- ما كان مقدمة للمقصود الأصلي فله حكمه: فالوقوف في الجيش والمقام في العسكر يقوم مقام القتال.
- لا يبطل المقصود الأصلي إلا الرجوع عنه اختيارا: فلا يمنع المقاتل من السهم إلا الرجوع إلى أرض الإسلام باختياره.
- الرجوع عن المقصود الأصلي على وجه الغلبة لا يبطله: فرجوع المقاتل إلى أرض الإسلام على وجه الغلبة لا يخرجه عن أهل السهم.
- إذا فقد العقل جملة بطلت النية رأسا.
- قد يذهب بعض العقل ويبقى منه ما تصح به النية.

٢- أثر النية الأصلية في حكم معالجة الخمر:

روى مَالك، عَنْ زَيْد بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ ابْنِ وَعْلَةَ الْمِصْرِيِّ أَنَّهُ سَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاس عَمَّا يُعْصَرُ مِنَ الْعِنَبِ؟ فَقَالَ ابْنُ عَبَّاس: أَهْدَى رَجُلٌ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ رَاوِيَةَ خَمْر، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ اللَّهَ حَرَّمَهَا. قَالَ: لَا. فَسَارَّهُ رَجُلٌ إِلَى جَنْبِه، فَقَالَ لَهُ ﷺ: بِمَ سَارَرْتَهُ ؟ فَقَالَ: أَمَرْتُهُ أَنْ يَبِيعَهَا. فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا. فَفَتَحَ الرَّجُلُ الْمَزَادَتَيْنِ حَتَّى

ذَهَبَ مَا فِيهِمَا[1].

قال الباجي مفرعا: «إذا ثبت أن الخمر حرام، فهل تجب إراقتها ومن كانت عنده لا يخلو إذا عصرها أن يريد بها المحظور، وهو أن يتخذها خمرا أو يقصد بها المباح، وهو أن يشربها عصيرا أو يخللها أو يطبخها ربا أو غير ذلك من الوجوه المباحة، فإن قصد بها المحظور، فلا خلاف في المذهب نعلمه أنه يجب عليه إراقتها، فإن اجترأ عليها، فخللها فعن مالك في ذلك روايتان، وسنذكرهما بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإن قصد بها أمرا مباحا، فصار خمرا، فقد قال ابن حبيب فيمن عصر عصيرا يريد به الخل، فلا بأس أن يعالجه، وهو عصير يصب الماء فيه، ويطرحه على دردي الخل، فله أن يقره وحثالته، وإن داخلته الخمر ثم إن عجل ففتحه قبل أوانه فوجده قد دخله عرق الخل فله أن يقره، ويعالجه وإن لم يجد فيه شيئا من ذلك في رائحة، ولا طعم، فهي خمر تهراق، ولا يحل له حبسها ولا علاجها لتصير خلا.

قال الإمام أبو الوليد: وفي كلام ابن حبيب نظر، وظاهر ما في كتاب ابن المواز عن مالك خلاف هذا، وقد بسطت الكلام فيه في الاستيفاء.

فإن صارت خلا بعد أن كانت خمرا، فلا يخلو أن تصير خلا بمعالجة أو بغير معالجة، فإن صارت خلا بمعالجة آدمي، فإن المعالجة ممنوعة في الجملة عندنا، وأحسن ما يتعلق به عندي في ذلك أن مهدي المزادتين أراقهما بحضرة النبي ﷺ، ولم ينكر ذلك عليه، ولو جاز تخليلها لما أباح له إراقتها، ولنبهه على تخليلها كما نبه أهل الميتة على الانتفاع بجلدها، غير أنه يتعرض في ذلك أن تلك خمر قصد بها الخمر، وأما ما لم يقصد به خمرا وإنما قصد بها الخل، فحكمه غير حكم ما قصد به الخمر»[2].

١- موطأ مالك ـ كتاب الصيام ـ باب كفارة من أفطر في رمضان.

٢- المنتقى: ٦/ ٣٠٧.

نخلص من هذه الفقرة إلى ما يلي:

- تعدد الألفاظ الدالة على المقاصد: قصد، أراد...
- أن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح: فإن مهدي المزادتين أراقهما بحضرة النبي ﷺ، ولم ينكر ذلك عليه، ولو جاز تخليلها لما أباح له إراقتها، ولنبهه على تخليلها كما نبه أهل الميتة على الانتفاع بجلدها.
- أن القصد الأصلي الباعث على العمل أولا له أثر بالغ في تبعات الحكم: فمن قصد بالعصير الخمر أولا فالمعالجة ممنوعة في الجملة... وأن تلك خمر قصد بها الخمر، وأما ما لم يقصد به خمرا وإنما قصد بها الخل، فحكمه غير حكم ما قصد به الخمر.

٣- اعتبار المقاصد دون الألفاظ في اليمين:

فقد روى مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله فقال محمد لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولا وآخرا وهو لا يضرك فقال محمد لا والله فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك[١].

قال الباجي: «وقول عمر لابن مسلمة «والله ليمرن به ولو على بطنك» دليل على اعتبار المقاصد دون الألفاظ في الأيمان؛ لأنه لا خلاف أن عمر لا يستجيز أن يمر به على بطن محمد، وإن كان يمينه على معنى التحكم عليه فإن محمد بن مسلمة لا يسمح بمثل هذا ولا يتحكم عليه بمثله»[٢].

١- الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق.

٢- المنتقى: ٧/ ٤١٦.

٤- أثر اعتبار المقاصد في اختلاف موجبات الحنث في اليمين:

قال الباجي: «من حلف لامرأتيه، فقال: إن دخلتما الدار، فأنتما طالقتان، فدخلت واحدة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: يحنث فيهما ويطلقان، وهو قول مالك. وقد روي عن مالك: تطلق الداخلة وحدها، وقاله أشهب. وفي المدونة: لا شيء عليه حتى تدخل المرأتان الدار.

وجه القول الأول ...أن هذا الحالف قصد منع كل واحدة من المرأتين من دخول الدار، وفعل مخرج يمينه وحنثه فيهما بطلاقهما، فمن حنث في شيء من يمينه، فإنما يحنث بطلاقهما جميعا.

ووجه الرواية الثانية أن الفعل الذي اقتضت يمينه المنع منه إنما هو دخول الدار، وقد وجد جميعه، ولم تقتض اليمين استيعاب طلاقهما بدخول واحدة منهما لأن ما يجب به العموم لا يقتضي العموم والاستغراق، وإنما يقتضي أقل ما يقع عليه الاسم أو ما يعلم أنه قصده باليمين، والظاهر من هذا أنه إنما قصد منع كل امرأة من دخول الدار، وأقسم على ذلك بطلاقهما...»[١].

٥- أثر السكر على اعتبار النية والقصد:

«مَالك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعيدَ بْنَ الْمُسَيَّب وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَار سُئلَا عَنْ طَلَاقِ السَّكْرَانِ فَقَالَا: إِذَا طَلَّقَ السَّكْرَانُ جَازَ طَلَاقُهُ، وَإِنْ قَتَلَ، قُتِلَ بِهِ. قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا»[٢].

الشرح: قولهما:«إذا طلق السكران جاز طلاقه»، وهو مذهب عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب والنخعي والشعبي وابن سيرين وأكثر الفقهاء، وبه قال مالك وأبو حنيفة والأوزاعي والثوري.

...وأما القصاص في القتل فلا خلاف فيه.

١- المنتقى: ٥٠٣/٤ـ ٥٠٤ .

٢- موطأ مالك ـ كتاب الطلاق.

قال القاضي أبو الوليد، أيده الله: والذي عندي في هذا أن السكران المذكور لا يذهب عقله جملة، وإنما يتعين مع صحة قصده إلى ما يقصده، ولذلك يقتص منه في القتل، ولا خلاف فيه. وأما لو بلغ إلى حد أن يغمى عليه ولا يبقى له عقل جملة فهذا لا يصح منه تطليق إذا بلغ هذه الحالة ولا يتهيأ منه ضرب ولا قصد إلى قتل ولا غيره، وإنما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر، لأن سكر الخمر ليس بمنزلة الجنون الذي يذهب العقل جملة، وإنما يتغير العقل تغييرا يجترئ به على معان لا يجترئ عليها صاحيا كالسفيه، ولو علم أنه بلغ حد الإغماء لما اقتص منه ولا لزمه طلاق ولا غيره كسائر من أغمي عليه.

...وأما من سقي السكران، ثم حلف بطلاق أو غيره، فقد قال أصبغ في العتبية: لا يلزمه شيء، وهو كالبرسام، وهو لم يدخله على نفسه، ولو قصد شربه على وجه الدواء والعلاج، فأصابه ما بلغ ذلك منه، فلا شيء عليه، وليس كشارب الخمر.

ومعنى ذلك أن شرب السيكران يذهب العقل، ويجعل صاحبه كالمبرسم، وقال: ذلك في المريض يطلق في هذيانه، لا يلزمه، ولو طلق، وقد ذهب عقله من المرض، ثم صح، فأنكر ذلك، حلف ولم يلزمه.

وأما شارب الخمر، فملتذ بسكره، ومعناه الاجتراء على المعاصي، وتشعب الأماني مع بقاء كثير من الميز الذي يلزمه به القصاص، والحدود، ولم يختلف أصحابنا في أن الحدود والطلاق تلزمه.

وأما ما لم يتعلق بتحريم، ولا كان فيه عتق كالبيع، والنكاح، والهبة، والصدقة، وعطيته، وإنكاح ابنته، وإقراره بالدين. قال ابن نافع: يجوز عليه كل شيء كالبيع وغيره... ووجه قول ابن نافع أن من ليس محجورا عليه، ومعه من الميز ما يجب عليه به القصاص، فإنه يلزمه سائر أفعاله كالصاحي[1].

١- المنتقى ٥/٤٣٢ـ ٤٣٣.

وفي المسألة الفائدة التالية:

التفصيل بين حالتي ذهاب العقل، فإما أن يذهب جملة أو جزئيا. فأما من ذهب عقله جملة فلا يبقى معه قصد، فضلا عن أن يصح منه؛ ومن ثم فلا عبرة بأقواله وأفعاله ولا يؤاخذ بها مطلقا. وإن ذهب جزئيا يبقى معه شيء من الميز يصح معه قصده.

وهنا يلزم النظر في أسباب ذهاب عقله. فإن ذهب بمباح لم يلزمه شيء، وإن ذهب بخمر لزمته سائر أفعاله.

٦- أثر النية في إيجاب الزكاة في الحلي:

«قَالَ مَالِك: مَنْ كَانَ عِنْدَهُ تِبْرٌ أَوْ حَلْيٌ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ لِلُبْسٍ فَإِنَّ عَلَيْهِ فِيهِ الزَّكَاةَ فِي كُلِّ عَامٍ يُوزَنُ فَيُؤْخَذُ رُبُعُ عُشْرِهِ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ مِنْ وَزْنِ عِشْرِينَ دِينَارًا عَيْنًا أَوْ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ فَإِنْ نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ فَلَيْسَ فِيهِ زَكَاةٌ وَإِنَّمَا تَكُونُ فِيهِ الزَّكَاةُ إِذَا كَانَ إِنَّمَا يُمْسِكُهُ لِغَيْرِ اللُّبْسِ فَأَمَّا التِّبْرُ وَالْحُلِيُّ الْمَكْسُورُ الَّذِي يُرِيدُ أَهْلُهُ إِصْلَاحَهُ وَلُبْسَهُ فَإِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ الَّذِي يَكُونُ عِنْدَ أَهْلِهِ فَلَيْسَ عَلَى أَهْلِهِ فِيهِ زَكَاةٌ قَالَ مَالِك لَيْسَ فِي اللُّؤْلُؤِ وَلَا فِي الْمِسْكِ وَلَا الْعَنْبَرِ زَكَاةٌ»[١].

قال الباجي: وهذا كما قال، إن من كان عنده تبر أو حلي لا يريده للبس، فإن الزكاة عليه فيه، لأن الذهب والفضة من الأموال المعدة للتنمية، ولذلك يجب فيها الزكاة ولا يخرج عن ذلك إلا بالعمل، وهو الصياغة ونية اللبس، فإذا لم يوجد فيه اللبس تعلقت به الزكاة، لأنه قد يعرض للتنمية وطلب الفضل مع الصياغة، وكذلك سائر أنواع الذهب يجب فيها الزكاة حتى يجتمع فيها الأمران الصياغة المباحة ونية اللبس المباح[٢].

ونخلص منه إلى أن الزكاة في الذهب تدور مع نية اللبس دورانا عكسيا.

١- موطأ مالك: كتاب الزكاة، باب من كان

٢- المنتقى ٣/ ١٥٤.

فإن وجدت نية اللبس لم تجب الزكاة، وإن عدمت النية وجدت الزكاة.

٧- اعتبار قصد المكلف دفعَ الضّر عنه في إيجاب الفدية :

قال الباجي: «ومقدار ما تجب فيه الفدية في لبس المخيط أن ينتفع بذلك، فأما أن يحرمه ثم يزيله فلا شيء عليه، وكذالك الخفان. والمقدار الذي يعتبر في ذلك أن يقصد دفع مضرة حر أو برد فيدفعه عن نفسه في مدة طالت أو قصرت. والثاني: أن يطول لبسه كاليوم ونحوه وإن لم يقصد به دفع شيء بعينه فإنه قد جعل له الترفه بنفسه»[١].

٨- اعتبار النية والقصد في الارتفاق بالخلطة حتى تعتبر في الزكاة:

قال الباجي: « والخلطة تصح في الماشيتين إذا كانتا مما تضم إحداهما إلى الأخرى في الزكاة...والمعاني المعتبرة في الخلطة خمسة: الراعي والفحل والمراح والدلو والمبيت...وأما الفحل، فهو الفحل الذي يضرب الماشية، فإن كان واحدا، فهو من صفات الخلطة، وإن كان لكل ماشية فحلها، فلا يخلو أن يجمع لضرب المواشي كلها أو لا يجمع لذلك، وإنما قصد كل إنسان منهم فحله على ماشيته إلا أنه ربما خرج عنها إلى ماشية غيره، فإن كانوا جمعوا الماشية لضراب الفحولة كلها، فهي من صفات الخلطة لارتفاقهم بكل واحد من الفحول، وإن قصر كل واحد منهم فحله على ماشيته، فليس في ذلك وجه من الخلطة، لأن الارتفاق بذلك لم يقصد، والله أعلم»[٢].

٩- مظان إباحة بيع الجزاف:

قال مالك: وَلَا بَأْسَ بِصُبْرَةِ الْحِنْطَةِ بِصُبْرَةِ التَّمْرِ يَدًا بِيَدٍ. وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى الْحِنْطَةُ بِالتَّمْرِ جِزَافًا. قَالَ مَالِك: وَكُلُّ مَا اخْتَلَفَ مِنْ الطَّعَامِ وَالْأُدْمِ فَبَانَ اخْتِلَافُهُ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى بَعْضُهُ بِبَعْضٍ جِزَافًا، يَدًا بِيَدٍ. فَإِنْ دَخَلَهُ الْأَجَلُ فَلَا خَيْرَ فِيهِ. وَإِنَّمَا اشْتِرَاءُ ذَلِكَ جِزَافًا كَاشْتِرَاءِ بَعْضِ

١- المنتقى ٣/ ٣٢٢.

٢- المنتقى ٣/ ٢١٠.

ذَلِكَ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ جِزَافًا. قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ أَنَّكَ تَشْتَرِي الْحِنْطَةَ بِالْوَرِقِ جِزَافًا وَالتَّمْرَ بِالذَّهَبِ جِزَافًا؛ فَهَذَا حَلَالٌ لَا بَأْسَ بِهِ.

قال الباجي شارحا: وقوله «ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدا بيد»، ووجه ذلك أن التفاضل جائز بينهما، وليس واحد منهما من جنس الآخر. فالجهل بالتساوي فيهما لا يمنع صحة البيع، كما لا يمنعه العلم بالتفاضل. وليس هذا بمنزلة الجنس الواحد مما لا يجوز فيه التفاضل، فلا يجوز بعضه ببعض جزافا مع تجويز التساوي والتفاضل، لأن الجنسين لما اختلفت الأغراض فيهما، وتباين أمرهما لم تتقصد المغابنة في الكيل بينهما، ولا قصد كل واحد منهما أن يكون ما أخذ من الكيل أكثر مما أعطى، لأن له في ذلك غرضا غير الغبن في القدر هو أبين منه وأظهر وهو مخالفة منفعة ما أعطى لمنفعة ما أخذ؛ وإذا كانا من جنس واحد وتقاربا، كان الأظهر أنه إنما قصد كل واحد منهما غبن صاحبه في القدر، وذلك من باب المخاطرة التي تمنع البيع والمبادلة. فإذا تفاوتت المقادير حتى تبين أن أحدهما أكثر من الآخر جاز ذلك بينهما لعدم معنى الغرر والمخاطرة بزيادة الكيل ونقصه[1].

يتبين من تفصيل المسألة:

- أن بعض القصد يكون أبين وأظهر من بعض، وذلك حسب المعاملة الجارية والمنفعة المطلوبة. فلما كان بيع الجزاف جاريا في مختلفي الجنسين تبين أن القصد هو المنفعة الموجودة في كلا الجنسين، وإذا جرى بيع الجزاف في متحد الجنس تبين أن القصد هو طلب التفاوت في المقدار.
- أنه إن كان القصد المباح أبين والأظهر كان الحكم الجواز؛ وإن كان القصد الحرام أظهر كان الحكم الحظر.

١- المنتقى ٦/٣٢٩.

١٠- المعاملة بنقيض المقصود:

رأى الإمام الباجي بأن من قصد الفرار من الزكاة ببيع الماشية « فالزكاة عليه واجبة. والأصل في ذلك الحديث المتقدم «ولا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة» وإنما قصد بذلك النهي عن أن يفر من الصدقة بالتفريق. ومن جهة المعنى أن هذه زكاة، فلا يصح الفرار عنها بعد تعلق وجوبها. أصل ذلك الفرار بالجمع والتفريق ، وإنما هذا إذا عرف أنه باعها للفرار. فإن باعها بعد الحول لغير ذلك أو جهل وكان في بلد لا سعاة فيه زكى زكاة الماشية ، لأن الزكاة قد وجبت عليه في رقابها ، وإن كان في بلد فيه سعاة فهو بمنزلة من باعها قبل الحول، لأن تمام الحول مجيء الساعي »[١].

ومن ذلك تعلق الزكاة والحج بالميراث ففي قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ (النساء:١١) قال ابن العربي: «لما ذكر الله تقديم الدين على الوصية تعلق بذلك الشافعي في تقديم دين الزكاة والحج على الميراث، فقال: إن الرجل إذا فرط في زكاته وحجه أخذ ذلك من رأس ماله. وقال أبو حنيفة ومالك: إن أوصى بها أديت من ثلثه وإن سكت عنها لم يخرج عنه شيء. وتعلق الشافعي ظاهر ببادئ الرأي، لأنه حق من الحقوق؛ فلزم أداؤه عنه بعد الموت كحقوق الآدميين، لاسيما والزكاة مصرفها إلى الآدمي. ومتعلق مالك أن ذلك موجب إسقاط الزكاة أو ترك الورثة فقراء، لأنه يعتمد ترك الكل، حتى إذا مات استغرق ذلك جميع ماله؛ فلا يبقى للورثة حق؛ فكان هذا قصدا باطلا في حق ورثته؛ وكل من قصد باطلا في الشريعة نقض عليه قصده، تحقق ذلك منه أو اتهم به إذا ظهرت علاماته، كما قضينا بحرمان الميراث للقاتل، وقد مهدناه في مسائل الخلاف»[٢].

١- المنتقى ٣/ ٢١٧.

٢- أحكام القرآن: ١/٤٤٦ .

• أمثلة مراعاة مقاصد المكلف عن الإمام ابن العربي:

١- التفرقة بين طلاق المكره وطلاق الهازل:

فقد قال تعالى: ﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ ﴾ (النحل: ١٠٦). قال ابن العربي مستفيدا من هذه الآية: « لما سمح الله في الكفر به، وهو أصل الشريعة، عند الإكراه، ولم يؤاخذ به، حمل العلماء عليه فروع الشريعة. فإذا وقع الإكراه عليها لم يؤاخذ به ولا يترتب عليه حكم، وعليه جاء الأثر المشهور عند الفقهاء: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه.

والخبر، وإن لم يصح سنده، فإن معناه صحيح باتفاق من العلماء ولكنهم اختلفوا في تفاصيل: منها: قول ابن الماجشون في حد الزنا، وقد تقدم. ومنها قول أبي حنيفة: إن طلاق المكره يلزم؛ لأنه لم يعدم فيه أكثر من الرضا، وليس وجوده بشرط في الطلاق كالهازل. وهذا قياس باطل؛ فإن الهازل قاصد إلى إيقاع الطلاق، راض به، والمكره غير راض به، ولا نية له في الطلاق. وقد قال النبي ﷺ: إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل امرئ ما نوى »[1].

وبذلك يبين ابن العربي أن فعل الطلاق واحد في الصورتين معا. ولكنهما لما افترقا في القصد اختلفا في الحكم؛ فصح طلاق الهازل لوجود القصد فيه ولم يصح طلاق المكره لانتفاء القصد منه.

٢- اعتبار قصد امرأة عمران من قولها: ﴿وَلَيۡسَ ٱلذَّكَرُ كَٱلۡأُنثَىٰ﴾ (آل عمران:٣٦):

قال ابن العربي: «قال بعض الشافعية: الدليل على أن المطاوِعة في نهار رمضان لزوجها على الوطء لا تساويه في وجوب الكفارة عليهم قوله

١- أحكام القرآن: ٣/١٦٣-١٦٤.

تعالى: ﴿وَلَيْسَ ٱلذَّكَرُ كَٱلْأُنثَىٰ﴾ (آل عمران:٣٦)، قال القاضي ابن العربي: وعجبا لغفلته وغفلة القاضي عبد الوهاب عنه حين تكلم عليه وحاجه فيه؛ وهذا خبر عن شرع من قبلنا، ولا خلاف بين الشافعية عن بكرة أبيهم أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا، فاسكت واصمت.

ثم نقول لأنفسنا: نحن نعلم من أصول الفقه الفرق بين الأقوال التي جاءت بلفظ العموم وهي على قصد العموم، والتي جاءت بلفظ العموم وهي على قصد الخصوص. وهذه الصالحة إنما قصدت بكلامها ما تشهد له بينة حالها ومقطع كلامها؛ فإنها نذرت خدمة المسجد في ولدها، ورأته أنثى لا تصلح أن تكون برزة، وإنما هي عورة؛ فاعتذرت إلى ربها من وجودها لها على خلاف ما قصدته فيها، وقد بينا في أصول الفقه العموم المقصود به العموم وغيره، وساعدنا عليه ابن الجويني، وحققناه فلينظر هنالك »[1].

وخلاصة كلام ابن العربي في هذا المثال أن فصل قول امرأة عمران ﴿وَلَيْسَ ٱلذَّكَرُ كَٱلْأُنثَىٰ﴾ عن قصدها منه جعله غير صالح للاحتجاج به كما احتج به هؤلاء الشافعية. فمع أنها لم تساو بين الذكر والأنثى عموما، لكنها كانت تقصد ما يتعلق بخدمة المسجد خاصة. وهي إشارة قوية إلى ضرورة مراعاة مقاصد الكلام من أجل تفسيره، كما يشير إلى أهمية الاعتداد بالمقامات الحالية والمقالية في الكشف عن قصد المتكلم من كلامه، إذ اعتبر أن بينة حالها ومقطع كلامها تشهد لمقصدها من كلامها.

٣- الفرق بين الحبس والصدقة :

ففي قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ﴾ (النساء:١١) قال ابن العربي: «وقد قال مالك: لو حبس رجل على ولده لانتقل إلى أبنائهم، ولو قال صدقة فاختلف قول علمائنا؛ هل ينتقل إلى أولاد الأولاد على قولين، وكذلك في الوصية... ثم قال: كلام الناس يرتبط بالأغراض والمقاصد،

١- أحكام القرآن: ٣٥٦/١.

والمقصود من الحبس التعقيب فدخل فيه ولد الولد. والمقصود من الصدقة التمليك فدخل فيه الأدنى خاصة ولم يدخل فيه من بعد إلا بدليل »[١].

٤- تجنب الألفاظ التي قد يقصد منها الإساءة :

ففي قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرۡنَا وَٱسۡمَعُواْ ﴾ (البقرة:١٠٤) قال ابن العربي: «كانت اليهود تأتي النبي ﷺ فتقول: يا أبا القاسم: راعنا، توهم أنها تريد الدعاء من المراعاة، وهي تقصد فاعلا من الرعونة. وروي أن المسلمين كانوا يقولون: راعنا من الرعي، فسمعتهم اليهود فقالوا: يا راعنا، كما تقدم، فنهى الله تعالى المسلمين عن ذلك، لئلا يقتدي بهم اليهود في اللفظ، ويقصدوا المعنى الفاسد منه. وهذا دليل على تجنب الألفاظ المحتملة التي فيها التعرض للتنقيص والغض، ويخرج منه فهم التعريض بالقذف وغيره. وقال علماؤنا: بأنه ملزم للحد، خلافا للشافعي وأبي حنيفة حيث قالا: إنه قول محتمل للقذف وغيره، والحد ما يسقط بالشبهة. ودليلنا أنه قول يفهم منه القذف فوجب فيه الحد كالتصريح. وقد يكون في بعض المواضع أبلغ من التصريح في الدلالة على المراد، وإنكار ذلك عناد»[٢].

وقد أكد ابن العربي على هذه المعاني في قوله تعالى:﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ (النور: ٤) حيث قال:« اتفق العلماء على أنه إذا صرح بالزنا كان قذفا وذنبا موجبا للحد؛ فإن عرض ولم يصرح، فقال مالك: هو قذف، وقال الشافعي وأبو حنيفة: ليس بقذف. ومالك أسد طريقة فيه؛ لأن التعريض قول يفهم منه سامعه الحد، فوجب أن يكون قذفا، كالتصريح. والمعول على الفهم. وقد قال الله مخبرا عن قوم شعيب: ﴿إِنَّكَ لَأَنتَ ٱلۡحَلِيمُ ٱلرَّشِيدُ ﴾(هود:٨٧) وقال في أبي جهل: ﴿ ذُقۡ إِنَّكَ

١- أحكام القرآن: ١/٤٣٤.

٢- أحكام القرآن: ١/٤٩-٥٠.

أَنتَ ٱلۡعَزِيزُ ٱلۡكَرِيمُ ﴾ (الدخان:٤٩) وهذا ظاهر .

فإن قال له: يا من وطئ بين الفخذين، قال ابن القاسم: فيه الحد، لأنه تعريض. وقال أشهب: لا حد فيه، لأنه نسبه إلى فعل لا يعد زنا إجماعا . وقول ابن القاسم أصوب من جهة التعريض»[1].

وقريب منه الألفاظ التي توجب حكم الظهار، فعند قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ﴾ (المجادلة:٣)، قال ابن العربي: «حقيقته تشبيه ظهر بظهر، والموجب للحكم منه تشبيه ظهر محلل بظهر محرم ويتفرع عليه فروع كثيرة منها:

إذا شبه جملة أهله بعضو من أعضاء أمه كان ظهارا، خلافا لأبي حنيفة في قوله: إن شبهها بعضو يحل النظر إليه لم يكن ظهارا، وهذا لا يصح؛ لأن النظر إليه على طريق الاستمتاع لا يحل له. وفيه رفع التشبيه وإياه قصد المظاهر. وقد قال الشافعي في قول: إنه لا يكون ظهارا إلا في الظهر وحده؛ وهذا فاسد، لأن كل عضو منها محرم. فكان التشبيه به ظهارا كالظهر، ولأن المظاهر إنما يقصد تشبيه المحلل بالمحرم فلزم على المعنى.

٥- القصاص من الأب القاتل لولده:

ففي قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى ﴾ (البقرة:١٧٧) ناقش ابن العربي أقوال العلماء في مسألة «هل يقتل الأب بولده مع عموم آيات القصاص؟ فقال: «قال مالك: يقتل به إذا تبين قصده إلى قتله بأن أضجعه وذبحه، فإن رماه بالسلاح أدبا وحنقا لم يقتل به، ويقتل الأجنبي بمثل هذا. وخالفه سائر الفقهاء وقالوا: لا يقتل به.

سمعت شيخنا فخر الإسلام أبا بكر الشاشي يقول في النظر: لا يقتل الأب بابنه؛ لأن الأب كان سبب وجوده، فكيف يكون هو سبب عدمه! وهذا يبطل

١- أحكام القرآن: ٣/ ٣٤٢.

بما إذا زنى بابنته، فإنه يرجم وكان سبب وجودها وتكون هي سبب عدمه؛ ثم أي فقه تحت هذا ؟ ولم لا يكون سبب عدمه إذا عصى الله تعالى في ذلك! وقد أثر عن رسول الله ﷺ أنه قال: لا يقاد والد بولده. وهو حديث باطل. و متعلقهم أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قضى بالدية مغلظة في قاتل ابنه، ولم ينكر أحد من الصحابة عليه؛ فأخذ سائر الفقهاء المسألة مسجلة، وقالوا: لا يقتل الوالد بولده، وأخذها مالك محكمة مفصلة، فقال: إنه لو حذفه بسيف، وهذه حالة محتملة لقصد القتل وغيره وشفقة الأب شبهة منتصبة شاهدة بعدم القصد إلى القتل تسقط القود، فإذا أضجعه كشف الغطاء عن قصده فالتحق بأصله»[1].

ووصف ابن العربي لسائر الفقهاء بأنهم أخذوا المسألة مسجلة وأن مالكا أخذها محكمة مفصلة يعني به أن سائر الفقهاء لم يعتبروا توفر القصد عند الأب لقتل ابنه، ولم يفرقوا به بين ما كان فيه شفقة الأب شبهة منتصبة لعدم القصاص منه، وبين ما تجرد فيه قصد القتل خاصة فكان فيه القصاص لعموم الآية، وهو سر تفصيل مالك رحمه الله بين الحالتين وإحكامه للمسألة.

ثم إن ابن العربي تبعا في ذلك للإمام مالك يحيلنا على مسألة في غاية الأهمية وهي الأفعال التي تكشف عن القصد المستتر للمكلف، فكل قصد يكشف عنه فعل من طبيعته نجرده عن كل قصد آخر. ومما يزيد هذا الأمر وضوحا المثال التالي:

٦- **توقف الحق في الرجعة على قصد الإصلاح:** ففي قوله تعالى: ﴿إِنۡ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَٰحٗا﴾ (البقرة: ٢٢٦)، قال ابن العربي : «المعنى: إن قصد بالرجعة إصلاح حاله معها، وإزالة الوحشة بينهما، لا على وجه الإضرار والقطع بها عن الخلاص من ربقة النكاح، فذلك له حلال، وإلا لم تحل له،

١- أحكام القرآن: ١/٩٤-٩٥.

ولما كان هذا أمرا باطنا جعل الله تعالى الثلاث علما عليه، ولو تحققنا نحن ذلك المقصد منه لطلقنا عليه»[1]. ومنه أيضا قوله تعالى: ﴿ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ ﴾ (البقرة:٢٣١) قال: «هذا يدل على أن الرجعة لا تكون إلا بقصد الرغبة، فإن قصد أن يمنعها النكاح ويقطع بها في أملها من غير رغبة اعتداءً عليها فهو ظالم لنفسه، فلو عرفنا ذلك نقضنا رجعته، وإذا لم نعرف نفذت، والله حسيبه»[2].

٧- تحقق الإيلاء بقصد الإضرار من غير الحلف:

قال ابن العربي: «المسألة الخامسة: فيما يقع عليه الإيلاء. وذلك هو ترك الوطء، سواء كان في حال الرضا أو الغضب عند الجمهور. وقال الليث والشعبي: لا يكون إلا عند الغضب؛ والقرآن عام في كل حال، فتخصيصه دون دليل لا يجوز.

وهذا الخلاف انبنى على أصل، وهو أن مفهوم الآية قصد المضارة بالزوجة وإسقاط حقها من الوطء، فلذلك قال علماؤنا: إذا امتنع من الوطء قصداً للإضرار من غير عذر: مرض أو رضاع - وإن لم يحلف - كان حكمه حكم المولي، وترفعه إلى الحاكم إن شاءت، ويضرب له الأجل من يوم رفعه، لوجود معنى الإيلاء في ذلك، فإن الإيلاء لم يرد لعينه، وإنما ورد لمعناه؛ وهو المضارة وترك الوطء حتى قال علي وابن عباس: لو حلف ألا يقربها لأجل الرضاع لم يكن موليا لأنه قصد صحيح لا إضرار فيه»[3].

٨- **قوله تعالى:** ﴿غَيۡرَ مُضَآرّٖ﴾ (النساء:١٢)، بين ابن العربي كيفية تصور الضرر في الوصية والدين فقال: أما رجوعه إلى الوصية فبوجهين، أحدهما: بأن يزيد على الثلث. الثاني: بأن يوصي لوارث. فأما إن زاد على

١- أحكام القرآن: ١/٢٥٦.

٢- أحكام القرآن: ١/٢٧٠.

٣- نفسه: ١/٢٤٤.

الثلث فإنه يرد إلا أن يجيز الورثة لأن المنع لحقوقهم لا لحق الله.

وأما إن أوصى لوارث فإن الورثة يحاصون به أهل الوصايا في وصاياهم ويرجع ميراثا. وقال أبو حنيفة والشافعي: تبطل، ولا يقع به تحاص، ونظرهما بين في إسقاط ما زاد على الثلث لبطلانه. ومطلع نظر مالك أعلى؛ لأنا نتبين بوصيته للوارث مع سائر الوصايا أنه أراد تنقيص حظ الوصايا وتخصيص وارثه، فإن بطل أحد القصدين لأن الشرع لم يجوزه، لم يبطل الآخر لأن الشرع لم يمنع منه. وقد بيناه في مسائل الخلاف، فيرد ما أبطل الشرع ويمضي ما لم يعترض فيه.

وأما رجوع المضارة إلى الدين فبالإقرار في حالة لا يجوز فيها لشخص الإقرار له به، كما لو أقر في مرضه لوارثه بدين أو لصديق ملاطف له، فإن ذلك لا يجوز عندنا إذا تحققنا المضارة بقوة التهمة أو غلب على ظننا. وقال أبو حنيفة: يبطل الإقرار رأسا. وقال الشافعي: يصح.

ومطلع النظر أنا لمحنا أن الموروث لما علم أن هبته لوارثه في هذه الحالة أو وصيته له لا تجوز، وقد فاته نفعه في حال الصحة عمد إلى الهبة فألقاها بصورة الإقرار لتجويزها، ويعضد هذه التهمة صورة القرابة وعادة الناس بقلة الديانة.

ومطلع نظر أبي حنيفة نحو منه، لكنه ربط الأمر بصفة القرابة حين تعذر عليه الوقوف على التهمة، كما علقت رخص السفر بصورة السفر حين تعذر الوقوف على تحرير المشقة ووجودها.

وراعى الشافعي في نظره أن هذه حالة إخبار عن حق واجب يضاف إلى سبب جائز في حالة يؤمن فيها الكافر، ويتقي فيها الفاجر ويتوب فيها العاصي، فأمضاه عليهم وجوزه.

فإن قال: الإقرار حجة شرعية فلا يؤثر فيها المرض. قلنا: وإن كان الإقرار

حجة شرعية، فإن الهبة صلة شرعية، ولكن حجرها المرض، كذلك تحجر التهمة الإقرار، وكما ردت التهمة الشهادة أيضا.

وأما نظر أبي حنيفة إلى صورة القرابة ففيه إلغاء العلة في غير محلها وقصر لها على موردها. وينبغي أن تطرد العلة حيث وجدت ما لم يقف دونها دليل تخصيص. فعلى هذا إذا وجدنا التهمة في غير القريب من صديق ملاطف حكمنا ببطلان الإقرار، وكم من صديق ألصق من قريب وأحكم عقدة في المودة»[1].

٩- في قوله ﷺ: (الحلال بين والحرام بين وبينهما أمورمشتبهات)[2]

قال ابن العربي: «أطلق الشرع الأيدي على الحلال وقصرها عن الحرام وورع عن المشتبه في قول ومنع منه في آخر...وفصل آخرون بين المعاني، فقالوا: إن كان من الفواحش الكبائر التحقت فيه الشبهة بالحرام، وإن كان من غير ذلك بقي على هذا الأصل. فمن باع سلعة بعشرة إلى أجل ثم اشتراها ممن باعها منه بخمسة نقدا، فهذا حلال محض وعمل صحيح؛ ولكن يشبه من أعطى خمسة بعشرة إلى أجل. فلما خاف من الناس إذ لم يخف الله جاء بهذه الصورة، فصاحب الدين صورها بذلك لئلا ينكرها الغريم والغريم استسهلها لنفسه قلة دين أو ضرورة. فقال كثير من العلماء: ذلك جائز، وقال كثير منهم ذلك حرام، وما أخذ بهما من الشرع جميعا. والأقرب من الأمرين من قال: إنه حرام، فإن الله لا تخفى عليه خافية والأعمال بالنيات. فهذا بيع انعقد على غير قانون الشرع فكان حراما. فإن قيل: ولعله لم يعقد عليه. قلنا: فقد آل إليه، فإن قيل: ومن لم ينوه يجاب عليه، فكيف يقضى بفسخه عليه ولا يفسخ دينا إلا ما يحرم ويعاقب به في

١- أحكام القرآن: ١/٤٥٣-٤٥٤.

٢- صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه

الأخرى؟ قلنا: إذا حرم الشرع معنى انفسخ نواه الفاعل أو لم ينوه.

فإن قيل: وأنت إنما حرمت هذا خوفا من القصد وأنت لم تعلم قصده. قلنا: هذه نكتة المسألة وسرها الأعظم. وذلك أنه لما كان هذا أمرا مخوفا حسم الباب فيه ومنع من صورته لتعذر الوقوف على القصد فيه. والشريعة إذا علقت الأحكام بالأسباب الباطنة أقامت الظاهر مقامه، كالمشقة في السفر التي علقت عليها الرخص لما لم تنضبط علقت على صورة السفر؛ والعدة، لما وضعت لبراءة الرحم، علقت على وجود الوفاة والطلاق، ولم يعتبر بصورة الزوجة في إمكان الوطء وعدمه، وخوف الحمل والأمن منه، لأن ذلك ما لا يتحصل للخلق»[1].

١- عارضة الأحوذي: ٣/١٦١ ـ ١٦٢.



الباب الثاني

مجالات النظر المصلحي

بعد أن قدمت في الباب السابق الأصول التي يتم الاستناد إليها في النظر المصلحي، أخصص هذا الباب لبيان المجالات التي تقتضي إعمال هذا النظر.

ومجالات النظر المصلحي هي الميادين التي تراعى فيها المصلحة، استنباطا لها، واعتدادا بها في تفسير النصوص وتنزيل الأحكام الشرعية؛ واستنادا إليها في بيان الأحكام مما لم يرد فيه نص.

وتحديد هذه المجالات على هذا النحو اقتضاه التعريف الذي سبق أن قدمته عن النظر المصلحي وقلت فيه إنه «ترديد الفكر بين أنحاء كليات الشريعة وجزئياتها بحسب ما يقتضيه موقع النظر قصد بيان وجه المصلحة فيه وتأثيرها عليه». وأن موقع النظر هو المحل الذي يتوجه إليه الناظر و يعمل عليه؛ وهو إما نص يعمل على تفسيره، أو حكم يحاول تنزيله، أو واقع لا نص فيه يحاول أن يجد له حكما بحسب ما فيه من المصلحة.

وعلى أساس هذا التنوع لمواقع النظر انقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول بحسب كل نوع. فالفصل الأول خصصته للنظر المصلحي في دلالات النصوص، وخصصت الفصل الثاني للحديث عن النظر المصلحي في تنزيل الأحكام. أما الفصل الثالث فعقدته للنظر المصلحي فيما لا نص فيه.

وبدلالة المفهوم، فإنه دون هذه المجالات مجالات أخرى لا يمكن فيها الأخذ بالنظر المصلحي، وذلك إما لكون موقع النظر تعبديا لا يعقل معناه ولا يدرك وجه المصلحة فيه، أو لأنه عقل معناه إلا أنه لا يظهر له في الشرع ما يشاركه في ذلك المعنى[1].

ثم إن تحديد المجالات التي يصح فيها إعمال النظر المصلحي يعد أهم ضابط منهجي من ضوابط النظر المصلحي.

١- مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول: ١٠٩.

كما أن فكرة تحديد هذه المجالات قد شغلت بال الباحثين المعاصرين، وإن كان اهتمامهم قد تعلق بتحديد المجالات النظرية التأصيلية، أو المجالات التطبيقية. فهذا الدكتور نور الدين بن مختار الخادمي خصص الفصل الثالث من الباب الثاني لكتابه الموسوم بـ«الاجتهاد المقاصدي» للحديث عن مجالات الاجتهاد المقاصدي. وقد اعتبر أن القطعيات لا يسعها الاجتهاد المقاصدي؛ وتلك القطعيات هي العقيدة، والعبادات ، والمقدرات وأصول المعاملات، وعموم القواطع مما نص عليه أو أجمع عليه أو صار من المعلوم من الدين بالضرورة. ويقابلها على العموم ظنيات تقبل الاجتهاد المقاصدي، وهي الوسائل الخادمة للعقيدة والعبادات، وكيفيات بعض المعاملات، والتصرفات السياسية، والنوازل الاضطرارية، والمسائل المتعارضة، وعموم الظنيات.

كما أن الدكتور جمال الدين عطية في كتابه «نحو تفعيل مقاصد الشريعة» وهو عنوان يلخص الغاية من الكتاب دعا إلى الانتقال من الحديث بإطلاق عن الكليات الخمس إلى الحديث عنها ضمن مجالات أربع؛ وهي: مجال الفرد، ومجال الأسرة، ومجال الأمة، ومجال الإنسانية. ويفيد هذا التقسيم إعادة ترتيب الكليات الخمس بحسب كل مجال.

وأضيف إليهما الدكتور قطب مصطفى سانو في كتابه: «المصالح المرسلة:مفهومها ومجالات توظيفها وتطبيقاتها المعاصرة». فالفصل الثاني من الكتاب حمل عنوان «في مجالات توظيف دليل المصلحة: المسائل العامة القديمة والمستجدة».

أما تعيين المجالات وتقسيماتها في هذا البحث فقد أفرزه ما تقرر بالتتبع والاستقراء من أن الشريعة الإسلامية معللة بمصالح العباد، وأن تلك المصالح مبثوثة في أبواب الشريعة وأدلتها، غير مختصة بمحل دون محل، ولا بباب دون باب، ولا بقاعدة دون قاعدة؛ وأن وظيفة المجتهد هي

الحرص على استنباط تلك المصالح، والعمل على مراعاتها عند تنزيل الأحكام والاستناد إليها عند غياب النص. وهو الاجتهاد الصحيح الصائب الذي ينال صاحبه الأجرين. قال الباجي وهو يعدد نعم الله تعالى في إنزال شريعته: «وجعل للمجتهد في استنباط دينه إذا أصاب حقيقة أمره ومقصود حكمه أجرين»[1]. وعلى ذلك وجب النظر إلى مصادر الشريعة ومواردها من المنطلقات الآتية:

١ أن النصوص والأحكام بمقاصدها.

٢ ضرورة الجمع بين الكليات العامة والأدلة الخاصة في الاعتبار.

٣ جلب المصالح ودرء المفاسد مطلقا.

٤ اعتبار المآلات.

والأخذ بهذه المرتكزات منبعث من القيام بما سماه أبو بكر بن العربي: «الأمانة الكلية في حفظ الشريعة ومراعاة الحقوق»[2]. وأول هذا الحق حق النص الشرعي أن يفسر بحسب مراد المتكلم به وهو الله عز وجل، وحق الحكم الشرعي أن يوصل إلى المقاصد المبتغاة منه؛ وهو أهم معاني حفظ الشريعة.

وفي الفصول القادمة بيان تفصيلي لمختلف هذه المنطلقات، مع نماذج تطبيقية تبين المراد.

١- إحكام الفصول في أحكام الأصول: ١٦٩ ١٧٠.

٢- القبس: ١/٤٦٥.



الفصل الأول

النظر المصلحي

في دلالات النصوص

المبحث الأول

النظر المصلحي في تبيين المراد من الألفاظ

ومعناه أن تحمل الألفاظ على المقاصد التي وردت لبيانها، والسياقات التي جاءت ضمنها، من غير إفراط ولا تفريط في الأخذ بظواهرها. ومن أمثلة ذلك:

١- بيان حقيقة الرشد:

فقوله تعالى: ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ ۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبًا ﴾ (النساء:٦) ورد في سياق حفظ مال اليتيم؛ والمقصود به كل من كان عاجزا عن النظر لنفسه ومصلحته. وهي متممة لقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ۚ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ (البقرة:٢٢٠) حيث أذنت للأوصياء في التصرف في أموال اليتامى شريطة « صحة القصد في أن يكون المقصد رفق اليتيم لا أن يقصد رفق نفسه»[١].

وجاءت الآية الأولى لتبين أمد هذا التصرف؛ وهو أن يبلغ اليتيم حالة من الرشد يصبح بها نجيبا، ساعيا في مصالحه، ضابطا لماله. وقيدت حالة الرشد بوصفين؛ أحدها: ظاهر منضبط، وهو بلوغ الحُلُم. والثاني: غير منضبط، وهو إيناس الرشد، «فإن وجد أحدهما دون الآخر لم يجز تسليم المال إليه، كذلك نص الآية؛ وهي رواية ابن القاسم وأشهب وابن

١- أحكام القرآن: ٢١٥/١.

وهب عن مالك في الآية؛ أنه إذا احتلم الغلام أو حاضت الجارية ولم يؤنس منه الرشد فإنه لا يدفع إليه ماله». فما هي حقيقة هذا الرشد؟

قال ابن العربي: «حقيقة الرشد: فيه ثلاثة أقوال: الأول: صلاح الدين والدنيا، والطاعة لله، وضبط المال؛ وبه قال الحسن والشافعي.

الثاني: إصلاح الدنيا والمعرفة بوجوه أخذ المال والإعطاء والحفظ له عن التبذير، قاله مالك.

الثالث: بلوغ خمس وعشرين سنة؛ قاله أبو حنيفة.

وعول الشافعي على أنه لا يوثق على دينه فكيف يؤتمن على ماله، كما أن الفاسق لما لم يوثق على صدق مقالته لم تجز شهادته.

قلنا له: العيان يرد هذا، فإنا نشاهد المتهتك في المعاصي حافظا لماله، فإن غرض الحفظين مختلف؛ أما غرض الدين فخوف الله سبحانه، وأما غرض الدنيا فخوف فوات الحوائج والمقاصد وحرمان اللذات التي تنال به؛ ويخالف هذا الفاسق؛ فإن قبول الشهادة مرتبة والفاسق محطوط المنزلة شرعا.

وعول أبو حنيفة على أن من بلغ خمسا وعشرين سنة صلح أن يكون جدا، فيقبح أن يحجر عليه في ماله.

قلنا: هذا ضعيف لأنه إذا كان جَدا (يعني: أب الأب، أو أب الأم) ولم يكن ذا جَدٍّ(يعني: الحظ الدنيوي، وهو البخت)[١] فماذا ينفعه جد النسب وجد البخت فائت؟ وقد قال ابن عباس: إن الرجل ليبلغ خمسا وعشرين سنة لتنبت لحيته ليشيب وهو ضعيف الأخذ لنفسه ضعيف الإعطاء»[٢].

ومنه يتبين أن أساس النظر في حقيقة الرشد، عند المالكية، مرده إلى

١- مفردات ألفاظ القرآن: ١٨٨.

٢- أحكام القرآن: ١/ ٤٢٠.

المقصود المتوخى منه؛ إذ لما كان الغرض حفظ المال، وهو غرض جبلي، بينه قوله تعالى ﴿ وَتُحِبُّونَ ٱلْمَالَ حُبًّا جَمًّا ﴾ (الفجر:٢٠) أي: حبًا مفرطًا، وقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ (العاديات: ٨) فاكتفي فيه بالوازع الجبلي، دون الوازع الديني؛ إذ النفس تتطلب حفظ المال من ذاتها، وتنزجر عن إفساده من ذاتها أيضا[١] .؛ هذا هو الغالب.

غير أن وازع الحفظ هذا قد يضعف، وخاصة الحفظ من جانب العدم؛ إذ يسيء الإنسان في إنفاق المال بتبذير أو سوء تدبير، فاحتيج معه إلى الوازع الديني أيضا. ولذلك روي عن مالك أيضا مثل رواية الشافعي. قال ابن عطية: «وقال الحسن وقتادة : الرشد في العقل والدين، وقال ابن عباس: بل في العقل وتدبير المال لا غير، وهو قول ابن القاسم في مذهبنا، والرواية الأخرى: أنه في العقل والدين مروية عن مالك»[٢].

ولما تبين المراد من الرشد، وأنه حسن التصرف في المال؛ فرق مالك رحمه بين وجه اختبار الرشد في الذكور والإناث، على خلاف الشافعي وأبي حنيفة الذين رأوه واحدا في كل منهما. ونكتة الفرق عند مالك، أن الذكر بتصرفه وملاقاته للناس من أول نشأته إلى بلوغه يحصل به الاختبار، ويكمل عقله بالبلوغ فيحصل له الغرض. وأما المرأة فبكونها محجوبة لا تعاني الأمور، ولا تخالط، ولا تبرز لأجل حياء البكارة وقف فيها على وجود النكاح، فبه تفهم المقاصد كلها».

وزاد ابن العربي في التقييد في الأمر، فجعل تقدير الرشد موكولا إلى اجتهاد الولي، إذ إيناس الرشد يختلف «بحسب اختلاف حال الراشد» قال: «فاعرفه وركب عليه واجتنب التحكم الذي لا دليل عليه».

ثم فصل في كيفية الابتلاء فقال: « وهو بوجهين: أحدهما: يتأمل أخلاق

١- مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: ١٢٣ محمد الطاهر بن عاشور

٢- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز٢/١١. لأبي محمد عبد الحق بن غالب ابن عطية الأندلسي، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية - لبنان - ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م

يتيمه، ويستمع إلى أغراضه، فيحصل له العلم بنجابته والمعرفة بالسعي في مصالحه، وضبط ماله، أو الإهمال لذلك؛ فإذا توسم الخير قال علماؤنا: لا بأس أن يدفع إليه شيئا من ماله، وهو الثاني، ويكون يسيرا، ويبيح له التصرف فيه؛ فإن نماه وأحسن النظر فيه فقد وقع الاختيار، فليسلم إليه ماله جميعه، وإن أساء النظر فيه وجب عليه إمساك ماله عنه».

ويبلغ النظر المصلحي مداه عندما يدعو ابن العربي إلى الاستمرار في متابعة حال اليتيم بعد تسليم المال إليه فيقول:« فإذا سلم المال إليه بوجه الرشد، ثم عاد إلى السفه بظهور تبذير وقلة تدبير عاد عليه الحجر.

٢- حقيقة الاستماع لكلام الله:

قال تعالى:﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ ﴾ (التوبة:٦) قال ابن العربي: «ليس يريد بقوله: ﴿ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ ﴾ مجرد الإصغاء، فيحصل العلم له بظاهر القول؛ وإنما أراد به فهم المقصود من دلالته على النبوة، وفهم المقصود به من التكليف»[١].

فهذه هي حقيقة السماع إذن، وهذا هو المطلوب من تلاوة القرآن والاستماع إليه. وقد كان المشركون الذين نزلت فيهم الآية الكريمة عربا فصحاء الألسن، لا يخفى عليهم الظاهر من ألفاظ القرآن الكريم؛ ومع ذلك أمر النبي ﷺ ببيان مقاصده لهم ﴿ كِتَٰبٌ أَنزَلْنَٰهُ إِلَيْكَ مُبَٰرَكٌ لِّيَدَّبَّرُوٓاْ ءَايَٰتِهِۦ وَلِيَتَذَكَّرَ أُوْلُواْ ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾ (ص:٢٩). فكيف بنا اليوم وقد أهملت اللغة العربية إهمالا شديدا، ومع ذلك يصر كثير من المسلمين أن يحصر العناية بالقرآن الكريم في قراءته فقط. إن التفسير الصحيح للقرآن الكريم هو بيان مقاصده العملية وليس تفسير مفرداته وألفاظه.

١- أحكام القرآن: ٤٥٩/٢.

٣- حقيقة إيجاد الماء للتيمم:

قَوْله تَعَالى ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ (النساء:٤٣)
قال ابن العربي: « قال علماؤنا رحمة الله عليهم: فائدة الوجود الاستعمال والانتفاع بالقدرة عليهما. فمعنى قوله:﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً ﴾ فلم تقدروا؛ ليتضمن ذلك الوجوه المتقدمة المذكورة فيها، وهي المرض والسفر؛ فإن المريض واجد للماء صورة، ولكنه لما لم يتمكن من استعماله لضرورة صار معدوما حكما؛ فالمعنى الذي يجمع نشر الكلام: فلم تقدروا على استعمال الماء. وهذا يعم المرض والصحة إذا خاف من أخذ الماء لصا أو سبعا، ويجمع الحضر والسفر؛ وهذا هو العلم الصريح، والفقه الصحيح، والأصوب بالتصحيح ؛ ألا ترى أنه لو وجده بزائد على قيمته جعله معدوما حكما، وقيل له تيمم. ويتبين أن المراد الوجود الحكمي، ليس الوجود الحسي[١].

وأستطيع أن استخلص من هذا المثال والذي قبله أن المعتبر في الوسائل هو الانتفاع بها وتحقيقها للمقاصد المرجوة منها، لا مجرد إيجادها أو استعمالها لغير ما قصدت له. فسماع القرآن وسيلة لتدبر معانيه وتفهم مقاصده، والمعتبر من وجود الماء هو القدرة على استعماله. وأرى من المناسب أن نعمل على الاستفادة من هذه التفرقة التي استنبطها فقهاؤنا بين الوجود الحكمي والوجود الحسي، وأن المعتبر هو الأول دون الثاني. وهي تفرقة ستؤثر على جودة أعمالنا الدينية والدنيوية إن صحت هذه التفرقة. فالمعتد به في الصلاة هو الوجود الحكمي للقلب لا مجرد الوجود الحسي للجسد، والمعتد به في الأعمال الإدارية هو تحقيق مصالح المواطنين لا مجرد وجود الموظفين وسن القوانين...!!

١- أحكام القرآن:١/ ٥٦٥ ٥٦٦.

٤- معنى المساواة في القصاص:

حيث ذهب الإمام أحمد رضي الله عنه إلى أن المراد بالمساواة في القصاص المساواة في العدد، وعلى ذلك رأى أن لا تقتل الجماعة بالواحد. أما ابن العربي فاعتبر المساواة في الصفة، بأن يقتل كل من قتل، بغض النظر عن العدد. فقال في قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾(البقرة:١٧٨) «احتج علماؤنا رحمة الله عليهم بهذه الآية على أحمد بن حنبل في قوله: لا تقتل الجماعة بالواحد. قال: لأن الله تعالى شرط في القصاص المساواة، ولا مساواة بين الواحد والجماعة، لا سيما وقد قال تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾(المائدة:٤٥).

الجواب: أن مراعاة القاعدة أولى من مراعاة الألفاظ، ولو علم الجماعة أنهم إذا قتلوا واحدا لم يقتلوا لتعاون الأعداء على قتل أعدائهم بالاشتراك في قتلهم، وبلغوا الأمل من التشفي منهم.

جواب آخر: وذلك أن المراد بالقصاص قتل من قتل، كائنا من كان؛ ردا على العرب التي كانت تريد أن تقتل بمن قتل من لم يقتل، وتقتل في مقابلة الواحد مائة افتخارا، واستظهارا بالجاه والمقدرة؛ فأمر الله تعالى بالمساواة والعدل، وذلك بأن يقتل من قتل.

جواب ثالث: أما قوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ فالمقصود هناك بيانا للمقابلة في الاستيفاء أن النفس تؤخذ بالنفس، والأطراف بالأطراف، ردا على من تبلغ به الحمية إلى أن يأخذ نفس جان عن طرف مجني عليه، والشريعة تبطل الحمية وتعضد الحماية»[١].

وقال أيضا: « فإن الله سبحانه إنما قتل من قتل صيانة للأنفس عن القتل، فلو علم الأعداء أنهم بالاجتماع يسقط القصاص عنهم لقتلوا عدوهم في

١- أحكام القرآن: ١/٩٥.

جماعتهم، فحكمنا بإيجاب القصاص عليهم ردعا للأعداء، وحسما لهذا الداء، ولا كلام لهم على هذا»[1].

ويتضح جليا أن الاستدلال الصحيح بالنص هو فرع عن إحسان تفهمه وتدبر مقاصده، وأن تحديد مقاصد النص يستدعي الإلمام بأسباب نزوله و سياقه الشرعي. فالسياق الشرعي للقصاص هو تحقيق العدل من جهة استيفاء الحق من الجناة كيفما كانوا، عددا وحسبا؛ ومن جهة أخذهم على قدر جنايتهم، نفسا بنفس، وعينا بعين، دون غلو أو تفريط.

وخلاصة الكلام من هذا المبحث أن اعتماد السياق النصي والسياق الشرعي عنصران أساسيان في تحديد المقصود بالنص وبيان المعنى التركيبي منه، وأن هذا الأخير عنصر أساسي في بيان المعنى الإفرادي لكثير من المفردات الشرعية، وفي تقدير المحذوف منها.

كما نستنتج أن التحقيق السليم للمراد ينبغي أن يستحضر المقاصد العملية للنص كما تبين من خلال تحقيق معنى وجود الماء للوضوء وإسماع القرآن للمشرك وبيان حقيقة الرشد.

١- أحكام القرآن: ١/ ١٣٠.

المبحث الثاني
التخصيص المصلحي

التخصيص لغة هو الإفراد، واصطلاحا هو قصر العام على بعض أفراده بأن لا يراد منه البعض الآخر بالحكم؛ وذلك القصر على بعض الأفراد لا بد أن يكون مع اعتماد على دليل يدل على التخصيص[1].

وعلى هذا فالتخصيص المصلحي هو قصر العام على بعض أفراده لاقتضاء المصلحة. و أساس ذلك هو الموازنة بين ما يقتضيه النص العام من مصلحة وما يقتضيه إخراج ذلك البعض من مصلحة، يظهر أنها تربى على المصلحة الأولى، سواء بجلب مصلحة أكبر أو بدفع مفسدة أشد؛ مما يوجب تخصيص ذلك البعض من الحكم العام. وقد قضت الأصول الشرعية بجلب أصلح المصالح فأصلحها، وبدرء أفسد المفاسد فأفسدها.

والتخصيص المصلحي هو أحد وجوه اعتبار الجزئيات بالكليات كما تقدم من قبل، ونتيجة للتفقه في مقاصد الشريعة. وقد أوضح الإمام الطاهر بن عاشور هذه الفكرة حين ميز أنحاء تصرفات المجتهدين بفقههم في الشريعة؛ حيث عدد منها خمسة أنحاء، النحو الثاني منها:« البحث عما يعارض الأدلة التي لاحت للمجتهد والتي استكمل إعمال نظره في استفادة مدلولاتها ليستيقن أن تلك الأدلة سالمة مما يبطل دلالتها ويقضي عليها بالإلغاء والتنقيح. فإذا استيقن أن الدليل سالم عن المعارض أعمله وإذا ألفى له معارضا نظر في كيفية العمل بالدليلين معا أو رجحان أحدهما على الآخر»[2].

وفي تفصيل أوجه الاحتياج إلى معرفة مقاصد الشريعة في هذه الأنحاء قال: « واحتياجه إليها في النحو الثاني أشد؛ لأن باعث اهتدائه إلى البحث

١- نشر البنود على مراقي السعود لسيدي عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي:١/٢٣٢.

٢- مقاصد الشريعة الإسلامية: ١٣.

عن المعارض ثم إلى التنقيب على ذلك المعارض في مظانه، يقوى ويضعف بمقدار ما ينقدح في نفسه وقت النظر في الدليل الذي بين يديه من أن ذلك الدليل غير مناسب لأن يكون مقصودا للشارع على علاته، فبمقدار تشككه في أن يكون ذلك الدليل كافيا لإثبات حكم الشرع فيما هو بصدده يشتد تنقيبه على المعارض، وبمقدار ذلك التشكك يحصل له الاقتناع بانتهاء بحثه عن المعارض عند عدم العثور عليه...وأيضا يكون الاقتناع عند وجود المعارض سريعا أو بطيئا بمقدار قوة الشك في أن يكون ذلك المعارض مناسبا للمقصد الشرعي أو غير مناسب»[1].

ثم إن تخصيص العموم بالمصلحة هو أحد أوجه تقديم الاعتبار الشرعي على الاعتبار اللغوي عند النظر في دلالات الألفاظ؛ يقول الإمام الشنقيطي رحمه الله :« فإن إبقاء اللفظ على عمومه اعتبار لغوي، ومراعاة المصالح اعتبار شرعي، والشرعي مقدم على اللغوي»[2].

ويشير ابن العربي إلى أن إن تخصيص العموم بالمصلحة هو رأي مالك رحمه فيقول: « إن العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس. ويرى مالك وأبو حنيفة تخصيص القياس ببعض العلة، ولا يرى الشافعي لعلة الشرع إذا ثبتت تخصيصا، ولم يفهم الشريعة من لم يحكم بالمصلحة ولا رأى تخصيص العلة، وقد رام الجويني رد ذلك في كتبه المتأخرة التي هي نخبة عقيدته ونخيلة فكرته فلم يستطعه، وفاوضت الطوسي الأكبر في ذلك وراجعته حتى وقف، وقد بينت ذلك في المحصول والاستيفاء بما في تحصيله شفاء إن شاء

١- نفسه:١٤.

٢- نفسه: ١/٢٤٠ .

الله تعالى»[1]. وفي سياق آخر قال: « وهذا ينبني على أصل، وهو أن القياس والمصلحة هل يقدمان على العموم أم لا؟ ومذهب مالك رضي الله عنه أنهما يقدمان على العموم، وكذلك قال عامة الفقهاء»[2].

والقول بأن تقديم المصلحة على العموم هو قول عامة الفقهاء يؤكده أيضا الإمام الغزالي رحمه الله، عند حديثه عن مسألة القول بقتل الزنديق المتستر إذا تاب؛ على خلاف ظاهر قوله ﷺ: « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله »[3]، حيث قال: « هذه المسألة في محل الاجتهاد، ولا يبعد قتله إذا وجب بالزندقة قتله، وإنما كلمة الشهادة تسقط القتل في اليهود والنصارى لأنهم يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة، والزنديق يرى التقية عين الزندقة، فهذا لو قضينا به فحاصله استعمال مصلحة في تخصيص عموم وذلك لا ينكره أحد»[4]. وهذا تعبير يفهم منه حصول الاتفاق حتى بين الأصوليين وليس الفقهاء فحسب.

ومن الأمثلة التي جاء فيها التخصيص المصلحي، صريحا أو ضمنيا، عند كل من الإمامين الباجي وابن العربي نجد ما يلي:

١- تخصيص المرأة من حكم التغريب:

بعد أن عرض الإمام أبو بكر بن العربي عدة أحاديث في إثبات رجم الزاني المحصن شرع في بيان الأحكام و الفوائد المستفادة منها فقال: «الحكم الثالث: وهو التغريب...قال الشافعي: يغرب كل زان بكرا عملا بعموم الحديث، وخصصه مالك في المرأة والعبد. أما المرأة فإن تغريبها معرض لها للوقوع في مثل ما جلدت عليه، وإنما تحفظ المرأة بالحجاب»[5].

١- أحكام القرآن: ٢/٢٧٨-٢٧٩.

٢- القبس: كتاب الزكاة: ٢/٤٥٩-٤٦٠.

٣- البخاري، كتاب الجهاد والسير باب دعاء النبي ﷺ الناس إلى الإسلام والنبوة وأن لا يتخذ بعضهم بعضا أربابا من دون الله وقوله تعالى: (ما كان لبشر أن يؤتيه الله الكتاب) إلى آخر الآية

٤- المستصفى: ١٧٦.

٥- القبس: ٣/١٠١٠.

فمسألة تخصيص المرأة من حكم التغريب، ليس فيها وجه واحد من الاستدلال. ففي قَوْله تَعَالَى: ﴿أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ (النساء:١٥) أورد ابن العربي الأحاديث التي تفيد عموم التغريب وهي ما «رَوَى مُسْلِمٌ، وَغَيْرُهُ عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامت أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا، الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَنَفْيُ سَنَةٍ، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَالرَّجْمُ [١]. وَرَوَى مُسْلِمٌ فِي بَعْضِ طُرُقِهِ: الْبِكْرُ تُجْلَدُ وَتُنْفَى، وَالثَّيِّبُ تُجْلَدُ وَتُرْجَمُ. ثم قال: « المرأة لا تغرب، خلافا للشافعي وغيره حين تعلقوا بعموم الحديث، والمعنى يخصه؛ فإن المرأة تحتاج من الصيانة والحفظ والقصر عن الخروج والتبرز اللذين يذهبان بالعفة إلى ما لا يحتاج إليه الرجل»[٢].

وقال في العارضة: « إنما يختص التغريب بالذكور الأحرار خلافا للشافعي الذي يجريه على العموم في أحد قوليه. وذلك أن المقصود من التغريب النكاية، وفي فعله بالمرأة تعريضا لها في الغربة، في أشد مما وقعت فيه في وطئها أو في مثله؛ وهذا تخصيص العموم بالقياس المرسل، وهو قياس المصلحة »[٣].

وقال الباجي: « التغريب على الحر الذكر دون المرأة»، واستدل له من جهة المعنى بأن «المرأة عورة، وفي تغريبها تعريض لها لزوال الستر عنها»[٤].

ومنه يتبين أن تخصيص المرأة من عموم التغريب تم بناء على أمرين:

ما ثبت في الشرع من القصد إلى حفظ المرأة وصيانتها. ومن أدلة ذلك قوله ﷺ: لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ تُسَافِرُ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ إِلاَّ مَعَ ذِي مَحْرَمٍ مِنْهَا[٥]. قال الباجي شارحا: « يريد – والله أعلم – لأن المرأة

١- صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنى.

٢- أحكام القرآن: ١/٤٦٣.

٣- عارضة الأحوذي : ٣/٤٠٠ .

٤- المنتقى:٩/١٤١.

٥- موطأ مالك، كتاب الجامع، باب ما جاء في الوحدة في السفر للرجال والنساء.

فتنة، وانفرادها سبب للمحظور؛ لأن الشيطان يجد السبيل بانفرادها، فيغري بها ويدعو إليها. ويحتمل قوله ﷺ: «إلا مع ذي محرم» معنيين، أحدهما: أن لا تسافر هذه المسافة مع إنسان واحد، إلا أن يكون ذا محرم منها؛ لأنه مأمون عليها. والمعنى الثاني: أن لا تنفرد في مثل هذا السفر دون ذي محرم منها، لأنه يحفظها ويجري إلى صيانتها لما ركب في طباع أكثر الناس من الغيرة على ذوي محارمهم والحماية لهم»[١].

والأمر الثاني الذي بني عليه التخصيص المصلحي هو الموازنة بين مصلحة النكاية بالزانية، والمفسدة المتوقعة من تغريبها؛ فرأى ابن العربي، تبعا لمن وافقه من الفقهاء، أنها بالتغريب قد تقع في مفاسد مساوية أو أشد من الزنا الذي وقعت فيه، فقال بتخصيص المرأة من حكم التغريب.

وأرى قبل الاستمرار في التمثيل أن أقف على مسألة وردت عند المعترضين على القول بالتخصيص المصلحي. فقد نقل الدكتور خليفة بابكر الحسن أقوال المجيزين للتخصيص المصلحي، واستشهد لهم بهذا المثال الذي نحن بصدده، نقله عن ابن رشد الحفيد، ثم قال: « وحقيقة الأمر في هذه الفتوى عدم تخصيص العموم بالمصلحة، كما يصور ذلك ابن رشد، وإنما تخصيص عموم الحديث بحديث آخر مثله. وفي هذا يقول ابن قدامة في المغني: وقول مالك فيما يقع لي أصح الأقوال، وعموم الخبر مخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم»[٢].

وهنا أقول: إن القول بتخصيص حكم التغريب بالمصلحة هو أقوى من دعوى تخصيصه بالحديث؛ لأن حفظ المرأة مصلحة قطعية شهدت لها نصوص وأحكام كثيرة، منها فرض الحجاب عليهن، ووجوب غض البصر في حقهن، وعنهن؛ وتحريم خضوعهن بالقول عند مخاطبة الرجال، وتحريم الخلوة بهن، إضافة إلى منعهن من السفر منفردات بغير محرم، وغيرها

١- المنتقى: ٤٧١/٩.

٢- تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية عند الأصوليين: ١٥٦.

كثير مما لو استقرأ استقراء تاما لأفاد القطع.

وخلاصة القول أن الذين أطلقوا القول بأن سند التخصيص هو المصلحة فمرادهم هو المعنى المستثار من كل تلك الأحكام التي تقصد إلى صيانة المرأة، وهو معنى قطعي.

٢- تخصيص الحكم بالشفعة فيما تتأتى قسمته دون فساد هيئته:

فقد «قَضَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ. فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ بَيْنَهُمْ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ»[١].

اتفقت كلمة الإمامين الباجي وابن العربي على أن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر المؤنة. فقال الباجي: «...فلم يبق ما يمكن أن يشار إليه إلا بالضرر اللاحق بنوع من القسمة، وهو ما يلحق بقسمة الأرضين من الأجر والمؤن التي تختص بقسمة الدور والأرضين، فإنه يقسمها غالبا قوم يختصون بعلم ذلك، ويُتَمَوَّنُ لهم فيها مُؤْنَةً وأجرة غالبا، وسائر الأشياء قسمتها لا تختص بقسام معين، ولا يتمؤن فيها مؤنة ولا أجرة[٢].

وقال ابن العربي: «الشفعة وضعت دفعا لضرر مؤنة القسمة»[٣].

فثبت بذلك أن الشفعة عندهما مقصورة على ما يقسم بالحدود، وهي الأصول الثابتة، والقصد منها رفع مؤنة القسمة.

ومن هذا الضرب مما يمكن قسمته بالحدود، استثنى مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من الشفعة ما كانت القسمة تؤدي إلى ضرر بالغ فيه أو تفسد هيئته أو لا ينتفع به صاحبه.

قال مالك: إِنمَّا الشُّفْعَةُ فِيمَا يَصْلُحُ أَنَّهُ يَنْقَسِمُ، وَتَقَعُ فِيهِ الْحُدُودُ مِنْ

١- الموطأ، كتاب الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة.

٢- المنتقى: ١٧٨/٨.

٣- القبس: ٨٥٦/٢.

الْأَرْضِ، فَأَمَّا مَا لا يَصْلُحُ فِيهِ الْقَسْمُ، فَلا شُفْعَةَ فِيهِ[1].

قال الباجي: « وأما ما لا تصلح فيه القسمة على الوجه المذكور، فلا شفعة فيه.

وهذا على ضربين،...الثاني: أن يكون من جنس ما تثبت فيه الشفعة، إلا أنه لا ينقسم بالحدود إلا بضرر، كالحمام، والدار الصغيرة، والأندر، والبقعة الصغيرة من الأرض التي إن قسمت لم يصب أحد الشركاء أو بعضهم إلا ما لا ينتفع به»[2].

وقال ابن العربي: « وما لا تتأتى فيه القسمة من العقار لا تكون فيه شفعة كالحمام والبيدر، وقال بعض المدنيين: كل ملك يقسم يشفع فيه. ويرده أن ذلك ضرر وفساد من طلب القسمة على نفسه وعلى شريكه فلا يلتفت إليه»[3].

وقال أيضا في بيان ما يخرج عن حكم الشفعة:« قال مالك: ما لا ينقسم من العقار إلا بفساد هيئته وتغير صفته كالحمام، والبئر. وذلك لفقه بديع لم يتفطن له سواه؛ وذلك أن الشفعة وضعت كما قلناه دفعا لضرر مؤنة القسمة. والخسارة في تغيير هيئة الحمام والبئر أكثر منها في مؤونة القسم. فكيف يدفع ضرر بأعظم منه، وإنما يرفع أعظم الضررين بأهون منه، وهذا بين لمن تأمله؛ ولهذا قلنا إن رواية المصريين أقوى. ولم يكن في قول الله: ﴿ **مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا** ﴾ (النساء:٧) متعلق، لأنه عموم تخصه قاعدة الضرر والفساد المتفق عليها»[4].

فتخصيص الحمام والدار الصغيرة وغيرها مما تفسد هيئته بقسمته،

١- الموطأ: كتاب الشفعة، باب ما لا تقع فيه الشفعة.

٢- المنتقى: ٢٢٢/٨

٣- عارضة الأحوذي: ٣٤٥/٣.

٤- القبس: ٨٥٦/٢ .

تم بعد الموازنة بين ضرر المؤنة في القسمة، وضرر تغير الهيئة بالقسمة. فلما كان ضرر تغير الهيئة أكبر بكثير من ضرر مؤنة القسمة خصت هذه العقارات من حكم الشفعة.

وبين ابن العربي أن لا وجه للدلالة في قوله تعالى: ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾ على وجوب القسمة مطلقا، فقال فيه: « كان أشياخنا قد اختلفوا عن مالك في قسمة المتروك على الفرائض إذا كان فيه تغيير عن حاله كالحمام، وبيدر الزيتون[1]، والدار التي تبطل منافعها بإبراز أقل السهام منها. فكان ابن كنانة يرى ذلك، لقوله تعالى: ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾ وكان ابن القاسم يروي عنه أن ذلك لا يجوز؛ لما فيه من المضارة؛ وقد نفى الله سبحانه وتعالى المضارة بقوله سبحانه: ﴿غَيْرَ مُضَآرٍّ ﴾ (النساء:١٢) وأكد النبي ﷺ ذلك بقوله: »لا ضرر ولا ضرار«[2].

وهذا بعيد؛ فإنه ليس في الآية تعرض للقسمة؛ وإنما اقتضت الآية وجوب الحظ والنصيب في التركة قليلا كان أو كثيرا؛ فقال ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ (النساء:٧) وهذا ظاهر جدا؛ فأما إبراز ذلك النصيب فإنما يؤخذ من دليل آخر؛ وذلك أن الوارث يقول: قد وجب لي نصيب بقول الله سبحانه فمكنوني منه! فيقول له شريكه: أما تمكينك على الاختصاص فلا يمكن؛ لأنه يؤدي إلى ضرر بيني وبينك، من إفساد المال، وتغيير الهيئة، وتنقيص القيمة، فيقع الترجيح. والأظهر سقوط القسمة فيما يبطل المنفعة وينقص القيمة »[3].

١- هي في المتن: بدء ، وهي عند الإمام القرطبي في تفسيره الجامع لأحكام القرآن ٤٧/٥ : بيدر الزيتون،

٢- موطأ الإمام مالك: كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق.

٣- أحكام القرآن: ٤٢٧/١.

٣- تخصيص النهي عن الخطبة على الخطبة:

فقد روى مَالك عَنْ مُحَمَّد بْن يَحْيَى بْن حَبَّانَ عَنْ الْأَعْرَج عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللّهَّ ﷺ قَالَ: لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيه[١].

واتفق الإمامان الباجي وابن العربي، تبعا في ذلك لمالك رضي الله عنه، على أن محل النهي هو حصول التراكن بين طرفي العقد والاتفاق على الصداق. فقال الباجي: «نهى أن يخطب امرأة قد خطبها أخوه المسلم ورضيت به ووافقته على صداق معلوم»[٢]. وقال ابن العربي: «الحديث عام بإطلاقه في كل حالة من أحوال الخطبة خصصه في عمومه وحمله على بعض محتملاته حسب ما فسره مالك رضي الله عنه إذا تراكنا و اتفقا على الصداق وهما يحاولان العقد ويتناولانه»[٣].

ويستند هذا التخصيص إلى أمرين اثنين، أولهما: ما روى مالك عن «فَاطِمَةَ بِنْت قَيْس أَنَّ أَبَا عَمْرو بْنَ حَفْص طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ ...فَجَاءَتْ إِلَى رَسُول اللّهَّ ﷺ فَذَكَرَتْ ذَلك لَهُ فَقَالَ ...فإِذَا حَلَلْت فَآذنيني. قَالَتْ فَلَمَّا حَلَلْتُ ذَكَرْتُ لَهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ وَأَبَا جَهْم بْنَ هشَام خَطَبَاني، فَقَالَ رَسُولُ اللّهَّ ﷺ: أَمَّا أَبُو جَهْم فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتقه وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ. انْكحي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ! قَالَتْ: فَكَرِهْتُهُ. ثُمَّ قَالَ: انْكحي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ! فَنَكَحْتُهُ. فَجَعَلَ اللّهَّ فِي ذَلِكَ خَيْرًا وَاغْتَبَطْتُ بِهِ»[٤].

قال الباجي: « قال ابن وضاح في قوله ﷺ: «انكحي أسامة بن زيد»... لم يره من الخطبة على الخطبة، لما لم يوجد ركون إلى واحد منهما، ولا تسمية صداق يدل على أنها لم تركن إلى إحداهما، وأنها إنما ذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها، ولم تذكر ركونا إلى أحدهما. ولو كان منها ركون

١- الموطأ، كتاب النكاح، باب ما جاء في الخطبة.

٢- المنتقى: ٥/ ٥.

٣- القبس: ٢/ ٦٨٣.

٤- الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة.

إلى أحدهما لذكرته دون الآخر، وهذه حالة تجوز فيها الخطبة على خطبة غيره. فخطبها لأسامة بن زيد ...فكرهته: تريد أنها كرهت نكاحه لمعنى من المعاني...فأعاد عليها النبي ﷺ أن تنكح أسامة بن زيد لما علم في ذلك من المصلحة لها»[1].

والأمر الثاني الذي يستند إليه التخصيص هنا هو المصلحة، بدفع المفاسد عن المخطوبة. وهو الذي أشار إليه مالك بقوله: فَهَذَا بَابُ فَسَادٍ يَدْخُلُ عَلَى النَّاسِ.

قَالَ مَالك: « وَتَفْسِيرُ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فيمَا نُرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخيه: أَنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ فَتَرْكَنَ إِلَيْه، وَيَتَّفقَانِ عَلَى صَدَاقٍ وَاحد مَعْلُوم، وَقَدْ تَرَاضَيَا فَهِيَ تَشْتَرِطُ عَلَيْه لنَفْسهَا، فَتلْكَ الَّتي نَهَى أَنْ يَخْطُبَهَا الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَة أَخيه، وَلَمْ يَعْنِ بذَلكَ إِذَا خَطَبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ، فَلَمْ يُوَافقْهَا أَمْرُهُ، وَلَمْ تَرْكَنْ إِلَيْهِ أَنْ لَا يَخْطُبَهَا أَحَدٌ، فَهَذَا بَابُ فَسَادٍ يَدْخُلُ عَلَى النَّاسِ».

ويرجع تخوف مالك رضي الله عنه إلى أن في بعض روايات الحديث زيادة، تكل الأمر في الخطبة على الخطبة إلى إذن الخاطب الأول، أو تخليه عنها؛ منها قول النبي ﷺ: لا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَة أَخيه حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ[2] وفي رواية: « لا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخيه حَتَّى يَذَرَ[3]. فما ذا لو لم يترك، أو لم يأذن لغيره؟ هل يكون حظ المرأة أن تقصر على الخاطب الأول حتى وإن كرهته؟

هذا هو الفساد الذي حذر منه مالك رضي الله عنه ، وخصص به الحديث. قال الباجي: « يريد والله أعلم، أن مضرة هذا كانت تعم وتشيع؛ لأنه كان يخطب المرأة من لا ترضاه ولا تريده بل ترده، فإذا امتنع على الناس خطبتها

١- المنتقى:٥/٣٩١.

٢- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع.

٣- صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك.

والتعرض لها بذلك، فقد قصرت على الأول الذي كرهته، وعلى الرضا بما بذله لها مما ليس بمهر لها، وهذا مما يعظم فساده»[1].

كما أوضح ابن العربي أن اقتصارها على الأول من غير رضاها سيؤدي إلى أن « يقع بينهم من التقاطع والشحناء التي فيها فساد ذات البين». ثم ختم تعليقه على نظر مالك في الحديث فقال:

« فخص مالك رضي الله عنه هذا العموم، وحمله على بعض محتملاته بالمصلحة، وهو أصل ينفرد به عن سائر العلماء. فأصول الأحكام خمسة: منها أربعة متفق عليها من الأمة: الكتاب والسنة والإجماع والنظر والاجتهاد، فهذه الأربعة. والمصلحة، وهو الأصل الخامس الذي انفرد به مالك رضي الله عنه دونهم، ولقد وفق فيه من بينهم، وقد بينا ذلك في أصول الفقه »[2].

وعملا بالمصلحة أيضا اشترط ابن القاسم شرطا ثالثا، خصص به النهي عن الخطبة على الخطبة، وهو التكافؤ بين الخاطبين في الدين. قال الباجي: « فأما إذا كان الأول غير مرضي الدين وكان الثاني مرضيا، فقد قال ابن القاسم: إني لا أرى على من دخل في مثل هذا شيئا، ولا أرى الحديث إلا في الرجلين المتقاربين، وأما صالح وفاسق، فلا»[3]. قال ابن حجر: «هو متجه فيما إذا كانت المخطوبة عفيفة فيكون الفاسق غير كفء لها فتكون خطبته كلا خطبة. ويلتحق بهذا ما حكاه بعضهم من الجواز إذا لم يكن الخاطب الأول أهلا في العادة لخطبة تلك المرأة كما لو خطب سوقي بنت ملك وهذا يرجع إلى التكافؤ»[4].

١- المنتقى: ٦/٥.

٢- القبس: ٢/ ٦٨٣

٣- المنتقى: ٥/٥.

٤- فتح الباري:٢٥١/٩.

٤- تخصيص عموم النهي عن الاستعانة بالمشركين:

فعند قَوْله تَعَالَى: ﴿ لَّا يَتَّخِذِ ٱلْمُؤْمِنُونَ ٱلْكَٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۖ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَلَيْسَ مِنَ ٱللَّهِ فِى شَىْءٍ ﴾(آل عمران:٢٨) قال ابن العربي: « هذا عموم في أن المؤمن لا يتخذ الكافر وليا في نصره على عدوه ولا في أمانة ولا بطانة... كما قال تعالى: ﴿أَلَّا تَتَّخِذُوا۟ مِن دُونِى وَكِيلًا ﴾(الإسراء:٢) وقد نهى عمر بن الخطاب أبا موسى الأشعري عن ذمي كان استكتبه باليمن وأمره بعزله، وقد قال جماعة من العلماء: يقاتل المشرك في معسكر المسلمين معهم لعدوهم، واختلف في ذلك علماؤنا المالكية. والصحيح منعه لقوله عليه السلام: « إِنَّا لَا نَسْتَعِينُ بِمُشْرِكٍين»[1]. وأقول: إن كانت في ذلك فائدة محققة فلا بأس به[2].

فابن العربي يشترط لتخصيص عموم المنع من الاستعانة بالمشرك أن تكون المصلحة التي اقتضت التخصيص محققة. وذلك بأن تكون إعانته لا سبيل إليها إلا عن طريقه، وأن لا يكون في إعانته مفسدة للمسلمين تربو على مصلحة ما أعانهم بهم.

٥- تخصيص النساء والرهبان من القتل في الغزو:

فالرهبان ونساء الكفار مستباحو الدماء عند القتال، بحكم العموم الوارد في قوله تعالى﴿ وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِ ۖ فَإِنِ ٱنتَهَوْا۟ فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ (البقرة:١٩٣) ، لولا ما عارض ذلك من مصلحة بينها ابن العربي وفند بها شبهة من ادعى أن المراد بالفتنة الواردة في الآية ليس هو الكفر، فقال: « فإن قيل: لو كان المبيح للقتل هو الكفر لقتل كل كافر، وأنت تترك منهم النساء والرهبان ومن تقدم ذكره معهم. فالجواب:

١- صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب كراهة الاستعانة في الغزو بكافر؛ و سنن أبي داود، كتاب الجهاد، باب المشرك يسهم له.

٢- أحكام القرآن:١/٣٥١.

أنا إنما تركناهم مع قيام المبيح بهم لأجل ما عارض الأمر من منفعة أو مصلحة:

أما المنفعة فالاسترقاق فيمن يسترق؛ فيكون مالا وخدما، وهي الغنيمة التي أحلها الله تعالى لنا من بين الأمم.

وأما المصلحة فإن في استبقاء الرهبان باعثا على تخلي رجالهم عن القتال فيضعف حربهم ويقل حزبهم فينتشر الاستيلاء عليهم»[١].

٦- تخصيص الحاج من صيام يوم عرفة :

لقد حث النبي ﷺ على صوم يوم عرفة وأخبر عن فضله فقال: صِيَامُ يَوْمِ عَرَفَةَ أَحْتَسِبُ عَلَى اللَّهِ أَنْ يُكَفِّرَ السَّنَةَ الَّتِي قَبْلَهُ وَالسَّنَةَ الَّتِي بَعْدَهُ[٢]. إلا أنه رغم ذلك أفطر يوم حجه. فقال ابن العربي: « وذلك لوجهين، أحدهما: لئلا يشق على أمته. الثاني: ليسن فطره لمن كان حاجا، فإنه أقوى له على الدعاء والعبادة فيكون ذلك تخصيصا للحاج من عموم الحديث، ويبقى الفضل لغير الحاج. والتأويل الأول هو الأشبه بمذهب مالك، رضي الله عنه، لأنه أدخل في الباب أن عائشة كانت تحج وتصوم يوم عرفة حاجة[٣] كأنها فهمت أن النبي ﷺ، إنما أفطره خوف المشقة على أمته[٤].

وعلى كلا التوجيهين لابن العربي، فالحاصل أن الحاج مخصوص من صيام يوم عرفة، لأن فضل نشاطه وقوته على العبادة والدعاء أعظم من مصلحة الصيام.

١- أحكام القرآن: ١/١٥٥.

٢- صحيح مسلم، كتاب الصيام، باب استحباب صيام ثلاثة أيام من كل شهر وصوم يوم عرفة وعاشوراء والاثنين والخميس

٣- موطأ مالك، كتاب الحج، بَاب صِيَامِ يَوْمِ عَرَفَةَ.

٤- القبس: ٢/٥٧٥.

٧- جواز لبس ثوب الكافر والصلاة فيه من غير غسل:

لما خرج رسول الله ﷺ إلى حنين قبل هوازن استعار من صفوان بن أمية أداة وسلاحا كانت عنده. وعلى هذا الأساس قال الباجي: العارية مباحة من الكافر وغيره. ومعناه أنه مباح له الانتفاع بها على الوجه المقصود منه، لكنه استثنى من عموم العواري الثياب. فقد نقل عن ابن القاسم قال: قال مالك: لا يجوز أن يلبس المسلم ثوبا لبسه كافر حتى يغسله. وقال ابن الماجشون: إلا أن يكون من الثياب التي يفسدها الغسل، فليلبسها ويصلي فيها دون أن يغسلها»[١].

والقول بوجوب غسل ثوب الكافر قبل لبسه ينبني على القول بنجاسة الكافر ونجاسة عرقه، وهي مسألة خلافية بين الفقهاء. ذلك أن النبي ﷺ نفى النجاسة عن المؤمن فقال ﷺ: « إن المسلم لا ينجس»[٢]. قال ابن حجر معلقا على ترجمة البخاري: « كأن المصنف يشير بذلك إلى الخلاف في عرق الكافر، وقال قوم إنه نجس بناء على القول بنجاسة عينه كما سيأتي، فتقدير الكلام بيان حكم عرق الجنب، وبيان أن المسلم لا ينجس، وإذا كان لا ينجس فعرقه ليس بنجس، ومفهومه أن الكافر ينجس فيكون عرقه نجسا»[٣]. ومعلوم أن دلالة المفهوم هي دلالة ضعيفة عند كثير من الأصوليين. والقائلون بنجاسة الكافر ينتزعونها من قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ ﴾(التوبة:٢٨)، وهي نجاسة حكمية وليست حسية. قال ابن العربي: «اعلموا وفقكم الله أن النجاسة ليست بعين حسية، وإنما هي حكم شرعي، أمر الله بإبعادها، كما أمر بإبعاد البدن عن الصلاة عند الحدث، وكلاهما أمر شرعي ليس بعين حسية. وقد ذهلت الحنفية عن

١- المنتقى: ٥/ ١٥٧.

٢- صحيح البخاري، كتاب الغسل، باب عرق الجنب وأن المسلم لا ينجس. وسنن الترمذي، كتاب الطهارة، باب مصافحة الجنب.

٣- فتح الباري:١/ ٥١٣.

هذه الحقيقة؛ فظنوا أن إزالة النجاسة أمر حسي، نعم زوال العين في بعض المواضع، وهو إذا ظهرت حسي. وكونها بعينها نجسة حكمي، وبقاء المحل نجسا بعد زوال عينها حكمي. وقد حققنا ذلك في مسائل الخلاف»[1].

وقال ابن عاشور: «وقد أنيط وصف النجاسة بهم بصفة الإشراك، فعلمنا أنّها نجاسة معنوية نفسانية وليست نجاسة ذاتية»[2].

وعلى هذا الأساس اعتبر بعض الفقهاء أن ابن آدم طاهر الذات ما لم يتضمخ بنجاسة عينية. قال ابن بطال: وقد قيل في قوله الله: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ ليس بمعنى نجاسة الأعضاء، لكن بمعنى نجاسة الأفعال، والكراهة لهم، والإبعاد عما قد بَينَّ الله من بقعة أو كتاب أو رجل صالح، ولا خلاف بين الفقهاء في طهارة عرق الجنب والحائض. قال ابن المنذر: وكذلك عرق اليهودى والنصراني والمجوسي عندي طاهر. وقال غيره: لما أباح الله نكاح نساء أهل الكتاب، ومعلوم أن عرقهن لا يسلم منه من ضاجعهن، وأجمعت الأمة على أنه لا غسل عليه من الكتابية إلا كما عليه من المسلمة، دل ذلك على أن ابن آدم ليس بنجس فى ذاته، ما لم تعرض له نجاسة تحل به»[3].

إذا تبث هذا فإن اشتراط مالك رحمه الله غسل ثوب الكافر قبل لبسه هو من مراعاة الخلاف، وأخذ بالأحوط ويتماشى مع سنن التشريع الإسلامي الذي يوجب على الكافر أن يغتسل عن دخوله في الإسلام.

وهذا إذا كان الغسل سيجرد الثوب من مفسدة النجاسة دون أن يفسده. أما إذا كان الغسل سيذهب بمصلحة الثوب امتنع غسله، لأن مفسدة نجاسته أهون من مفسدة ضياع الثوب؛ فاحتملت المفسدة الأولى لدرء

١- أحكام القرآن: ٢/ ٤٦٨ ٤٦٩.

٢- التحرير والتنوير:٦ / ٢٥٨.

٣- شرح ابن بطال:١ / ٤٣٠.

المفسدة الثانية؛ وهو رأي ابن الماجشون.

ورغم الاتفاق مع مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على تخصيص العموم بالمصلحة، إلا أن ابن العربي يخالفه في تطبيق هذا الأصل على بعض الفروع، نذكر منها المثال الآتي:

- تخصيص المعنسات من شرط الولاية في النكاح:

فقد تكلم ابن العربي عن الولاية في النكاح انطلاقا من حديث النبي ﷺ: « لا نكاح إلا بولي»[1]، وقوله ﷺ:« أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل»[2]؛ ثم قال: « ولما كان النساء على ضربين: منهن البرزة المختبرة للرجال العارفة بالمقاصد المنطلقة اللسان في استدعاء النكاح ورده، ومنهن المخدرة البلهاء الخفرة، جعل الله تعالى للأولياء حالين: حالة يستبدون بها في العقد على المخدرة البلهاء الخفرة، وحالة يعقد الرجل فيها على النساء عند رضاهن بذلك وطلبهن له، وهن الثيبات البوالغ المجربات. وألحق مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في بعض الروايات المعنسات بالثيبات، لأنهن قد علمن من ذلك بطول العمر وكثرة السماع ما يعلمه الأيامى، وخصص هذه العمومات بهذا القياس، وكذلك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يرى تخصيص العموم بالقياس والمصلحة ، وقال في رواية أخرى : المعنسة كالبكر حتى تختبر، وهذه الرواية هي الصحيحة في النظر، فليس الخبر كالمعاينة، وليس عند المعنسة من أمور النكاح بالسماع إلا ما عند العنين ، فعلى هذه الرواية فليعول ...»[3].

فقد رأى ابن العربي أن المعنسة لن ينفعها كبر سنها وسماعها عن النكاح حتى تدرك مقاصده، فتساوي بذلك الثيبة التي جربته؛ ومن ثم أضعف تخصيص مالك للمعنسة من عموم الأبكار في اشتراط الولاية في النكاح.

١- جامع الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي.

٢- نفسه.

٣- القبس: ٢/ ٦٨٥ ٦٨٦.

المبحث الثالث

التقييد والإطلاق المصلحيان

المطلق هو اللفظ الواقع على صفات لم يقيد ببعضها. والمقيد هو اللفظ الواقع على صفات قد قيد ببعضها[1].

وهذا القيد قد يكون لفظا أو غير ذلك. قال القرافي رحمه الله: «وضابط الإطلاق أنك تقتصر على مسمى اللفظة المفردة،... ومتى زدت على مدلول اللفظ مدلولا آخر، بلفظ أو بغير لفظ، صار مقيدا»[2].

وعلى هذا فالمراد بالتقييد المصلحي أن تُقَيدَ دلالة اللفظ التي وردت مطلقة بمصلحة فهمت من تصرفات الشارع. والإطلاق المصلحي عكسه؛ فاللفظ يرد مقيدا، ويتم إطلاق مدلوله لمصلحة أوجبت ذلك.

وهذا المبحث له ارتباط وثيق بما قبله، نظرا للعلاقة الوطيدة بين العموم والخصوص من جهة، والمطلق والمقيد من جهة ثانية. فالعام في الأشخاص مطلق في الأحوال.

وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، أتناول في أولهما التقييد المصلحي، وفي الثاني الإطلاق المصلحي.

المطلب الأول: التقييد المصلحي:ومن أمثلته:

١- تقييد النهي عن تسعير السلع:

تسعير السلع معناه وضع السعر على المتاع من طرف والي الحسبة؛ فهو تقييد لمشيئة البائع أن يبيع كيف يشاء بالثمن الذي يرضاه. وهو على نوعين، النوع الأول: تسعير على الباعة من جهة الزيادة، فيحد لأهل السوق سعر ليبيعوا عليه، فلا يتجاوزونه. والقصد منه رفع الضرر الواقع من الباعة تجاه المشترين.

١- إحكام الفصول في أحكام الأصول:١٧٢.

٢- شرح تنقيح الفصول: ٢٦٦.

والنوع الثاني: تسعير على الباعة من جهة النقصان، فيحد لأهل السوق سعر ليبيعوا عليه، بثمن موحد أو متقارب. فمن حط منهم عن ذلك السعر أمر أن يلحق بسعرهم أو يقوم من السوق. والقصد منه دفع الضرر الواقع من بعضهم إزاء بعض.

أ النوع الأول من التسعير:

ومستنده ما روى الإمام الترمذي عَنْ أَنَسٍ قَالَ: غَلَا السِّعْرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ سَعِّرْ لَنَا! فَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّزَّاقُ؛ وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى رَبِّي وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ قَالَ أَبُو عِيسَى: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ[١].

فبمقتضى الحديث فإن التسعير ظلم، وأنه ليس للحاكم أن يسعر على الناس، وأن الأمر بيد الله، ليس لأحد أن يتدخل فيه؛ لقوله ﷺ: إن الله هو المسعر، أي أنه هو الذي يرخص الأشياء ويغليها فلا اعتراض لأحد. ولقوله أيضا: القابض الباسط: أي مضيق الرزق وغيره على من شاء كيف شاء وموسعه[٢].

وعلى هذا الأساس فإن التسعير حرام، قال الشيخ المباركفوري رحمه الله: «ووجه تحريمه أن الناس مسلطون على أموالهم، والتسعير حجر عليهم؛ والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن. وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم. وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به مناف لقوله تعالى﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡ﴾(النساء:٢٩) وإلى هذا ذهب جمهور العلماء. وروي عن مالك أنه يجوز للإمام التسعير، وأحاديث الباب ترد عليه. و ظاهر الأحاديث أنه

١- سنن الترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في التسعير.

٢- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: ٢٥٩ـ٢٦٠.

لا فرق بين حالة الغلاء ولا حالة الرخص، ولا فرق بين المجلوب وغيره، وإلى ذلك مال الجمهور. وظاهر الأحاديث عدم الفرق بين ما كان قوتا للآدمي ولغيره من الحيوانات، وبين ما كان من غير ذلك من الإدامات وسائر الأمتعة»[1].

وقد روى الإمام الباجي رواية في المنع عن مالك، وابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد. ومستند المنع «الحديث المتقدم عند الإمام الترمذي؛ ومن جهة المعنى أن إجبار الناس على بيع أموالهم بغير ما تطيب به أنفسهم ظلم لهم مناف لملكها لهم»[2].

فحاصل مستند المنع إذن بحسب هذا الفهم للحديث تحريم الظلم على الباعة، وعدم إخراج أملاكهم من أيديهم بغير رضاهم.

كما يحاول هذا الرأي سد الطريق على القول بالمصلحة، بالاعتماد على دليل المصلحة أيضا. فالإمام لما كان مأمورا برعاية مصلحة المسلمين، ونظرا لعدم إمكان الترجيح بين مصلحة الباعة ومصلحة المشترين، لزمه التوقف وعدم التدخل بأي وجه من الوجوه.

غير أن فقهاء آخرين، مالكية وحنابلة، وجدوا حالات تنتفي عندها مسوغات منع التسعير؛ ويكون فيها التسعير عدلا ومصلحة عامة ومحل رضا بين الباعة والمشترين. ومن ثم أطلقوا القول بالوجوب، وليس الجواز فحسب.

فقد ذكر الباجي أن أشهب روى عن مالك في العتبية في صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن ثلث رطل، ولحم الإبل نصف رطل، وإلا خرجوا من السوق، قال: «إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا

١- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي: ٤٥٢/٤ محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم لمباركفوري أبو العلا دار الكتب العلمية ، بيروت.

٢- المنتقى: ٣٥١/٦.

بأس به، ولكن أخاف أن يقوموا من السوق ...ووجه قول أشهب ما يجب من النظر في مصالح العامة، والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم، وليس يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، ولا يمنع البائع ربحا، ولا يسوغ له منه ما يضر بالناس[1].

وقال ابن العربي: «والتسعير على الناس إذا خيف على أهل السوق أن يسرقوا[2] أموال المسلمين، وقال سائر العلماء بظاهر الحديث: لايسعر على أحد. والحق التسعير، وضبط الأمر على قانون لا تكون فيه مظلمة على أحد من الطائفتين. وذلك قانون لا يعرف إلا بالضبط للأوقات، ومقادير الأحوال، وحال الرجال؛ والله الموفق للصواب. وما قاله النبي ﷺ حق، وما فعله حكم، و لكن على قوم صح ثباتهم واستسلموا إلى ربهم. وأما قوم قصدوا أكل الناس والتضييق عليهم فباب الله أوسع وحكمه أمضى[3]. فابن العربي رضي الله عنه يقر بالأخذ بالحديث، لكنه يقيد نطاق تطبيقه؛ وهو أن لا يوجد من الباعة قصد لأكل أموال الناس؛ وإنما وقع الغلاء لقلة السلعة ورغبة الناس فيها ومزايدتهم عليها.

وفي سياق ضبط وجوه العدل في التسعير، قيد له الإمام الباجي ثلاثة أبواب، «أولها: في صفة التسعير، والباب الثاني: في ذكر من يسعر عليه، والباب الثالث: فيما يتعلق به التسعير من المبيعات»[4].

الباب الأول، في صفة التسعير: ويعني به مجمل الوسائل التي بها تضبط الأوقات، ومقادير الأحوال، وحال الرجال، حسب تعبير ابن العربي. قال الباجي:

١- المنتقى: ٣٥١/٦.

٢- الكلمة التي في المتن هي يفسروا؛ والظاهر أنها تصحيف فأبدلتها بيسرقوا. ويدل عليه قوله فيما بعد: أكل أموال الناس.

٣- عارضة الأحوذي: ٢٨٩/٣.

٤- المنتقى: ٣٥١/٦.

«قال ابن حبيب: ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء، ويحضر غيرهم استظهارا على صدقهم فيسألهم كيف يشترون، وكيف يبيعون. فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به. قال: ولا يجبرون على التسعير، ولكن عن رضا، وعلى هذا أجازه من أجازه، ووجه ذلك أن بهذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشترين، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم، ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار، وإخفاء الأقوات، وإتلاف أموال الناس»[1].

و رغم أن ابن حبيب اعتبر الإمام هو القائم على التسعير، إلا أن المقصود به هو والي الحسبة؛ لأنه أعلم بوجوه مصالح السوق الخاصة. فالإمام يكل الاجتهاد في شؤون السوق إليه[2].

وهنا يظهر بجلاء أن التسعير لا يصدر عن قرار فوقي غير مرتبط بالواقع، ولا مطلع على أحوال الناس، بل يتخذه والي الحسبة، المراقب لأحوال السوق، بعد سؤال واستفسار الباعة عن تكاليف الشراء، والاستظهار على صدقهم، ثم تقدير الربح بحسب ذلك، بما لا يضر بهم ولا بالمشترين.

«الباب الثاني، في ذكر من يسعر عليهم: أما من يسعر عليهم على هذا القول فهم أهل الأسواق. وأما الجالب، فلا يسعر عليه شيء، إلا أن ما يجلبه على ضربين: أصل القوت، وهو القمح أو الشعير؛ فهذا لا يسعر عليه، برضاه ولا بغير رضاه، وليبع كيف شاء وأمكنه إذا اتفقوا، والله الموفق للصواب.

وأما جالب الزيت والسمن واللحم والبقل والفواكه، وما أشبه ذلك مما يشتريه أهل السوق للبيع على أيديهم فهذا أيضا لا يسعر على الجالب ولا يقصد بالتسعير، ولكنه إذا استقر أمر أهل السوق على سعر قيل له إما أن تلحق به، وإلا فأخرج عنه.

١- المنتقى ٦/٣٥١-٣٥٢.

٢- انظر المنتقى: ٣/٢٤١

الباب الثالث: فيما يتعلق به التسعير من المبيعات: قال ابن حبيب: وهذا فيما عدا القطن والبز، ويجب أن يختص التسعير بالمكيل والموزون، وأما غيره فلا يمكن تسعيره لعدم التماثل فيه، وقد تقدم معناه من قبل هذا».

ولم أحتج إلى التعليق على ما جاء في هذين البابين، لأن وجوه المصلحة فيهما غير منضبطة، والإمام الباجي لا يصدر فيها أحكاما ثابتة؛ بل إن كلامه عنها تحكمه أحوال زمانه، ورب زمان يكون فيه التسعير على الجالب هو عين العدل.

والمهم من هذا كله هو أن ضابط كل وقت وحال، هو تحقيق العدل، وإقامة القسط، امتثالا لقول الله تعالى: ﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلْوَزْنَ بِٱلْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا۟ ٱلْمِيزَانَ ﴾ (الرحمن:٩) وقوله تعالى على لسان نبي الله شعيب ﴿ وَيَٰقَوْمِ أَوْفُوا۟ ٱلْمِكْيَالَ وَٱلْمِيزَانَ بِٱلْقِسْطِ ۖ وَلَا تَبْخَسُوا۟ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا۟ فِى ٱلْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴾(هود:٨٥). ومنه يتأكد ما قدمته عن الإمام الشاطبي رحمه الله من قبل، من أن النظر السليم في أدلة الشريعة يعتمد على الجمع بين كليات الشريعة وجزئياتها من غير فصل بينهما.

ب النوع الثاني من التسعير:

ومستنده ما روى «مَالِك، عَنْ يُونُسَ بْنِ يُوسُفَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ مَرَّ بِحَاطِبِ بْنِ أَبِي بَلْتَعَةَ وَهُوَ يَبِيعُ زَبِيبًا لَهُ بِالسُّوقِ؛ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِمَّا أَنْ تَزِيدَ فِي السِّعْرِ، وَإِمَّا أَنْ تُرْفَعَ مِنْ سُوقِنَا[1].

فحاطب بن أبي بلتعة كان يبيع دون سعر الناس، فأمره عمر أن يلحق بسعر الناس أو يقوم من السوق.

ووجه هذا الإلحاق دفع الضرر عن الباعة، الواقع من بعضهم إزاء بعض. فإذا حط بعضهم عن سعر جمهور الباعة، كان ذلك داعية إلى أن ينصرف

١- المنتقى: ٣٤٨/٦ ٣٤٩.

المشترون إليه ويعرضوا عن غيره؛ مما سيلحق كسادا بسلعتهم وبوارا لتجارتهم. فأمر أن يلحق بسعرهم أو يقوم من السوق.

وفي سياق تفصيل حيثيات هذا الضرب من التسعير، بين الإمام الباجي مقتضياته فقال:

«وفي ذلك ثلاثة أبواب، أحدها: في تبيين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به. والباب الثاني: في تبيين من يختص به ذلك من البائعين. والباب الثالث: في تبيين ما يختص به ذلك من المبيعات.

الباب الأول: في تبيين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به.

والذي يختص به في ذلك من السعر هو الذي عليه جمهور الناس. فإذا انفرد عنهم الواحد، أو العدد اليسير، بحط السعر، أمر من حطه باللحاق بسعر الناس أو ترك البيع...».

فالأساس في معرفة الثمن الذي لا يلحق ضررا بالباعة، هو أن يرتضيه جمهورهم. فإنهم لا يمكن أن يرتضوا ثمنا يضر بهم و يتواطئوا عليه. فتحصيل الربح من البيع ودفع ضرر الخسارة مما جبلت عليه النفوس وفطرت عليه؛ فلا حاجة إلى اعتماد ضابط آخر غير ضابط الفطرة والجبلة.

فإن شذ منهم عدد يسير بحط السعر، عُلم أنهم قصدوا بذلك مصلحة خاصة بهم، كنفاق سلعتهم، ولم يراعوا مصلحة معظم الباعة؛ فأمروا باللحاق بسعر الجمهور أو القيام من السوق.

قال الباجي: « فإن زاد في السعر واحد، أو عدد يسير، لم يؤمر الجمهور باللحاق بسعره أو الامتناع من البيع، لأن ما باع به من الزيادة ليس السعر المتفق عليه، ولا بما تقام به المبيعات. وإنما يراعى في ذلك حال الجمهور، ومعظم الناس. وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يقام الناس لخمسة.

قال القاضي أبو الوليد: وعندي أنه يجب أن ينظر في ذلك إلى قدر الأسواق، والله أعلم وأحكم»[1].

قلت: هذه الدعوة إلى النظر في قدر الأسواق هي دعوة إلى النظر في تقدير المصالح والمفاسد الناجمة عن الزيادة الشاذة في السعر. وهذه المصالح والمفاسد لا يمكن ضبطها بعدد هؤلاء الباعة فقط. هل هم خمسة فما دون ذلك، فلا يقام الناس من أجلهم؛ أو أكثر فيقامون من أجلهم.

وهذه الدعوة إلى النظر في قدر الأسواق تقتضي من صاحب السوق أن يجدد نظره في كل مرة ينعقد فيها السوق، وأن يراقب التغيرات الحاصلة فيه، ولا يكتفي بصورة واحدة يحكم بها على أحوال السوق.

الباب الثاني: في تبيين من يختص به ذلك من البائعين:

قال الباجي: «لا خلاف في أن ذلك حكم أهل السوق والباعة فيه، وأما الجالب ففي كتاب محمد: لا يمنع الجالب أن يبيع في السوق دون بيع الناس، وقال ابن حبيب: لا يبيعون ما عدا القمح والشعير إلا بمثل سعر الناس، وإلا رفعوا كأهل الأسواق. وجه ما في كتاب محمد أن الجالب يسامح، ويستدام أمره ليكثر ما يجلبه. مع أن ما يجلبه ليس من أقوات البلد، وهو يدخل الرفق عليهم بما يجلبه. فربما أدى التحجير عليه إلى قطع الميرة[2]، والبائع بالبلد إنما يبيع أقواتهم المختصة بهم، ولا يقدر على العدول بها عنهم في الأغلب، ولهذا فرقنا بينهما في الحكرة وقت الضرورة.

ووجه ما قاله ابن حبيب أن هذا بائع في السوق، فلم يكن له أن يحط عن سعره؛ لأن ذلك مفسد لسعر الناس كأهل البلد. قال: فأما جالب القمح والشعير، فقال ابن حبيب: يبيع كيف شاء إلا أن لهم في أنفسهم حكم أهل السوق، وإن أرخص بعضهم تركوا، إن قل من حط السعر، وإن كثر

١- المنتقى: ٦/٣٤٩

٢- الميرة: الطعام يمتاره الإنسان، وهي جلب الطعام للبيع. مفردات ألفاظ القرآن، الراغب الأصفهاني، ص:٧٨٣. لسان العرب:١٤/١٥٧

المرخصون قيل لمن بقي إما أن تبيع كبيعهم، وإما أن ترفع»[1].

ولا يخفى وجه استثناء الجالب من جملة المُرَخِصين، وذلك لما فيه من المصالح له وللمشترين يفوق قدر الضرر اللاحق بأهل السوق؛ خاصة مع ملاحظة أن ما يجلبه الجالب ليس من أقوات البلد.

فالجالب في حاجة ماسة إلى بيع سلعته في أسرع وقت، حتى يتسنى له الرجوع إلى بلده وأهله؛ ولن يكون له ذلك إلا بالحط من الثمن. فإن أرغم على البيع بثمن جمهور الباعة، ربما أخر ذلك في نفاذ السلعة، وقد يضطر إلى المبيت في بلد السوق، مع ما يتبع ذلك من زيادة في النفقات.

ومع توالي الخسارات، قد يؤدي ذلك إلى امتناع الجالبين كلية، ويبقى المشترون تحت رحمة الباعة.

والمشترون في حاجة إلى من يرفق بهم في الثمن؛ والجالب يحقق لهم هذه المصلحة. ففي إجبار الجالب على البيع بثمن جمهور الباعة حرمان لهم من ذلك؛ وخاصة إذا كانت السلعة من أصول الأقوات كالقمح والشعير، للحاجة العامة إليها، وخاصة من فقراء الناس.

وعموما، وكما تقدم من قبل، فالخلاف بين ما جاء في كتاب محمد وقول ابن حبيب ليس خلافا في الأصل، وهو التسعير على الجالب. بل الخلاف مرده إلى الاختلاف في تقدير المصلحة في التسعير عليه، وضبط وجه العدل بين كل من يرد السوق من أهله، والجلاب، والمشترين.

٢- تقييد الإيلاء بقصد الإضرار بالمرأة:

الإيلاء لغة هو الحلف، فكل حالف مول من جهة اللغة؛ إلا أن المولي الذي يلزمه التوقيف بقوله تعالى: ﴿ **لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾(البقرة:٢٢٦)، هو الذي وجد منه الإيلاء الشرعي، وذلك بأن يكون قصده من الحلف على ترك الوطء الإضرار بالزوجة.

١- المنتقى: ٣/٣٥٠.

قال الباجي: « الإيلاء الشرعي تعتبر فيه معان قررها الشرع من أن يكون الحالف إنما قصد الإضرار بالزوجة في ذلك؛ لأن اللّه تعالى قد منع من إمساك النساء على وجه الإضرار بهن، فقال عز وجل: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ ﴾ (البقرة:٢٣١)، ويعرف ذلك، ويقضى عليه به إذا لم يكن ثم وجه منفعة ولا مانع من الوطء». فإذا كان لتركه الوطء وجه منفعة، سقط عنه حكم الإيلاء المتعلق بالمضار.

ومن صور المنفعة التي قد يترك لأجلها الوطء، الإرضاع.

قَالَ مَالك: «مَنْ حَلَفَ لامْرَأَته أَنْ لَا يَطَأَهَا حَتَّى تَفْطمَ وَلَدَهَا فَإِنَّ ذَلكَ لَا يَكُونُ إِيلَاءً. وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِب سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ فَلَمْ يَرَهُ إِيلَاءً»[1].

قال الباجي: «قوله: «من حلف أن لا يطأ امرأته حتى تفطم ولده، لا يكون إيلاء»، هو قول مالك، وقد رواه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

ومعنى ذلك أنه ليس بالإيلاء الذي يثبت به حكم الإيلاء من توقيف الزوج عند انقضاء أربعة أشهر، وإن كان اسم الإيلاء يقع عليه؛ لأن لولده منفعة في ترك وطء أمه التي ترضعه.

ولذلك روي عن النبي ﷺ أنه قال:« لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن فارس والروم تفعله».

والغيلة عند مالك أن يطأ الرجل امرأته وهي ترضع. فهو، وإن كان لم ينه عنه، قد نبه بقوله هذا على أنه مما يخاف ضرره. وإنما ترك النهي عنه على وجه من التوكيد، لأن ضرره ليس بلازم».

وقد قاس الباجي على الإرضاع موانع أخرى فقال:«إنه من منعه من وطئها مرض أو سجن أو مانع يعلم، سقط عنه حكم الإيلاء حتى يزول عنه ذلك

١- موطأ مالك، كتاب الطلاق، باب الإيلاء.

المانع، والله أعلم »[1]. وقال أيضا: « ووزان مسألة الرضاع من مسألة المريض أن يحلف أن لا يطأ ما دام مريضا، فهذا يجب أن لا يلزمه توقيف»[2].

فإذا تمحضت مصلحة الإرضاع للولد عن ضرر الغيلة، بأن يرضعه غير الأم، صار الزوج موليا إذا ترك الوطء. قال الباجي: « وهذا إنما هو إذا كانت الأم ترضعه؛ ولو كانت لا ترضعه، وإنما يرضعه غيرها لكان عندي حكمها حكم من لا ولد لها »[3].

وفي سبيل ضبط وتمييز حدود المنفعة في الإرضاع عن قصد الإضرار، تناول الباجي مسألة تقييد الحلف بالزمن القابل للإرضاع، عوض تقييدها بالإرضاع ذاته فقال: « ومن حلف لامرأته التي ترضع ولده أن لا يطأها سنتين، وقال: أردت بذلك كمال الرضاع، ففي المبسوط عن ابن الماجشون: ذلك له، ولا يلزمه توقيف».

ومعناه أنه يصدق في دعواه ما دام الطفل يرضع في تلك المدة. فإذا توقف الإرضاع إما بفطام أو موت الطفل، واستمر الزوج في الامتناع عن الوطء تبين أنه بذلك مول. فيلزمه التوقيف بمجرد توقف الإرضاع. ولذا قال الباجي معلقا على كلام ابن الماجشون: «ومعنى ذلك أنه مول؛ لأنه قد يتعلق يمينه بالضرر، إن مات ابنه قبل انقضاء السنتين أو فطم قبل ذلك. وإنما الذي لا يكون به موليا من حلف أن لا يطأ حتى يفطم؛ لأنه لا يتعلق يمينه بالضرر على وجه. وأما من ضرب لذلك مدة من الزمان، فحكمه ما تقدم بيمينه، فلزمه التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر». ويعني به من حين انتهاء الرضاع. ولذا قال أيضا: «فإن مات ابنه، وقد بقي من السنتين أكثر من أربعة أشهر ففي المبسوط عن ابن الماجشون يلزمه حكم الإيلاء من يوم مات ابنه، فإذا انقضت أربعة أشهر من ذلك اليوم وقف.

١- المنتقى: ٥/٢٤٨.

٢- المنتقى: ٥/٢٤٩.

٣- المنتقى: ٥/٢٤٨.

ووجه ذلك أنه قد تبين أن يمينه تناولت الإضرار بالزوجة، فاعتد بمدة التربص له من يوم لم يبق ليمينه وجه غير الضرر، كما لو حلف أن لا يطأ أجنبية، ثم تزوجها لكانت مدة التربص من يوم تعلقت يمينه بالضرر، وكان لها حق المطالبة بالوطء»[1] .

٣. تقييد الأحباس المطلقة بالحاجة:

قال الباجي: ومن قال: داري هذه حبس، أو موقوفة ولم يذكر وجها تصرف إليه فإن ذلك يحمل على المقصود بإحباس تلك الجهة، ووجه الحاجة فيها، وقال ابن القاسم في العتبية يكون للفقراء، أو المساكين قيل له: إنها بالإسكندرية قال يجتهد الإمام في ذلك ووجهه أن معظم البلاد معظم حاجتها في إعطاء المساكين؛ لأنها أحد وجوه البر وأعمها، وأما الثغور فربما كانت الحاجة إلى ما يصرف في وجوه الجهاد آكد فينظر في ذلك الإمام فيصرف الأحباس المطلقة إلى ما هو آكد حاجة وأعم وقت عقد التحبيس والله أعلم وأحكم»[2] .

المطلب الثاني: إطلاق المقيد بالمصلحة: ومن أمثلته:

١. إطلاق وجوب غسل اليدين عند كل وضوء:

سواء كان المتوضئ مستيقظا من نومه أو غير ذلك؛ وإليه ذهب ابن العربي، مع أن لفظ الحديث الوارد في هذا الشأن يقيد غسل اليدين بالاستيقاظ من النوم. فقد روى أَبو هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قال: قال رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِه فَلْيَغْسِلْ يَدَهُ قَبْلَ أَنْ يُدْخِلَهَا فِي وَضُوئِه فَإِنَّ أَحَدَكُمْ لَا يَدْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ[3] .

١- المنتقى: ٥/٢٤٩.

٢- المنتقى: ٨/ ٣١ ٣٢.

٣-موطأ مالك، كتاب الطهارة، باب وضوء النائم إذا قام إلى الصلاة. والترمذي في جامعه، كتاب الطهارة، باب إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها.

قال الباجي: «وتعليق هذا الحكم بنوم الليل لا يدل على اختصاصه به، لأن النائم إن كان لا يدري أين باتت يده فكذلك المجنون والمغمى عليه. وكذلك من قام إلى وضوء من بائل أو متغوط أو محدث فإنه يستحب له غسل يده قبل أن يدخلها في إنائه، خلافا للشافعي؛ لأن المستيقظ لا يمكنه التحرز من مس رفغه، ونتف إبطه، وفتل ما يخرج من أنفه، وقتل برغوث، وعصر بثر، وحك موضع عرق. وإذا كان هذا المعنى الذي شرع له غسل اليد موجودا في المستيقظ لزمه ذلك الحكم. ولا يسقط عنه أن يكون علق في الشرع على النائم، ألا ترى أن الشرع علقه على نوم المبيت ولم يمنع ذلك من أن يتعدى إلى نوم النهار لما تساويا في علة الحكم»[1].

وقال ابن العربي: « لفظ الحديث، وإن كان غسل اليد فيه منوطا بالقيام من النوم فإنه محمول على المقصود به من جولان اليد في البدن، وتصرفها في الأغراض المستكرهة والمستقذرة. وهذا يقتضي غسل اليد عند محاولة الوضوء، سواء كان قائما من النوم أو مقبلا على وضوئه عن شغل لوجود العلة فيهما»[2].

٢. إطلاق الحكم بالإيلاء من غير يمين:

قال الباجي: «لو ترك الرجل وطء امرأته من غير يمين على وجه الضرر، قال القاضي أبو محمد: وعرف ذلك منه، وطالت المدة، أن حكمه حكم المولي».

وذهب مالك إلى أكثر من ذلك فخيره بين الوطء أو التطليق، ولم يمنحه مدة الإيلاء؛ قال الباجي: « وقال مالك: لا يترك، وذلك إن لم يكن له عذر حتى يطأ أو يفرق بينهما. قال القاضي أبو محمد: يفرق بينهما من غير ضرب أجل. ووجه ذلك عندي أنه ليس هناك مانع من يمين ولا غيرها،

١- المنتقى: ١/٢٩٨.

٢- القبس:١/١٢٨ ـ١٢٩.

فلم يضرب له أجل تربص. والمولي يمنعه اليمين التي تلزمه، فضرب له أجل أربعة أشهر ليرى، ويتسبب في الخروج عن اليمين التي لزمته»[1].

وأختم هذا الفصل بالحديث عن دلالات الأمر والنهي. فقد عرف عن الأصوليين خلافهم حول دلالات الأمر والنهي من جهة اللفظ. قال ابن العربي: «المسألة الثالثة، في مطلق لفظة افعل: قال بعض الناس هي محمولة على الإباحة، لأنه متيقن وغير ذلك مشكوك. وقال آخرون محملها الوجوب لأنه هو الظاهر منه. وقال أهل الحق: يتوقف فيه أو لا يصح دعوى بشيء فيه[2]...

وغاية التوقف فيه أن تظهر قرينة ترجح أحد الاحتمالات على الآخر. ومن هذه القرائن المصالح المترتبة على الأمر والنهي. قال الإمام الشاطبي: «الأوامر والنواهي من جهة اللفظ على تساو في دلالة الاقتضاء؛ والتفرقة بين ما هو منها أمر وجوب أو ندب، وما هو نهي تحريم أو كراهة، لا تعلم من النصوص؛ وإن علم منها بعض فالأكثر منها غير معلوم، وما حصل لنا الفرق بينها إلا باتباع المعانى، والنظر إلى المصالح، وفي أي مرتبة تقع؟ وبالاستقراء المعنوي، ولم نستند فيه لمجرد الصيغة، وإلا لزم في الأمر أن لا يكون في الشريعة إلا على قسم واحد، لا على أقسام متعددة؛ والنهي كذلك أيضا[3].

وسبق الشاطبي إلى هذا الرأي ابن العربي عند الحديث عن دلالة النهي عن المكروه أو الحرام حيث قال: « النكتة التي تعتمدونها في الفرق بين المكروه والحرام، أنه إذا جاء النهي مقرونا بالوعيد دل على تحريمه، وإذا جاء مطلقا كان أدبا، إلا أن تقترن به قرينة تدل على أنه مصلح في البدن أوفي المال على الاختصاص بالمرء، فإنه يكون مكروها على حاله ولا يرتقي

١- المنتقى: ٥/٢٤٩.

٢- المحصول: ٥٥.

٣- الموافقات ج٢ ق ٤ ص ١١٥.

إلى التحريم. فإن كان لمصلحة تعم الناس صار حراما. والدليل على ذلك أن للمرء أن يتحمل الضرر في نفسه، إن كان ذلك يسيرا، وليس له أن يلحقه بغيره يسيرا كان أو كثيرا »[١].

وعن دلالة الأمر قال ابن العربي: « قوله: «فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها» جعل مالك ذلك قضاء وجعله غيره استحبابا، والأصح ما قاله مالك. وقد بيناه في مسائل الخلاف. ودليله لفظ ومعنى، أما اللفظ فقوله: فليراجعها. وأما المعنى، فلأن النهي عن الطلاق في الحيض إنما كان لما فيه من الإضرار بالمرأة في تطويل العدة، والإضرار حرام فوجب قطعه بالرجعة»[٢]. ومعنى قضاء: أي أنه حتم لازم، وهو معنى الوجوب. فرجح الإمام ابن العربي دلالة الأمر هنا على الوجوب لما فيه من رفع الضرر.

١- القبس: ٣/١١١٠.

٢- عارضة الأحوذي: ٣/١٠٧.



الفصل الثاني

النظر المصلحي في تنزيل الأحكام

المبحث الأول

التمييز بين التصرفات الشرعية

١. علاقة هذا المبحث بالتطبيق المصلحي:

تظهر العلاقة واضحة بين هذا المبحث والتطبيق المصلحي عندما ندرك أن أساس التمييز بين التصرفات الشرعية هو إدراك الفرق بين مستويات المصالح التي تنتظم حال الأمة بمجموعها وأفرادها، والتي تتحقق من خلال تلك التصرفات.

فهذه المصالح كما تقدم من قبل عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور تنقسم بحسب تعلقها بعموم الأمة أو جماعتها أو أفرادها إلى كلية و جزئية. ويراد بالكلية في اصطلاحهم ما كان عائدا على عموم الأمة عودا متماثلا، وما كان عائدا على جماعة عظيمة من الأمة أو قطر وبالجزئية ما عدا ذلك.

فالمصلحة العامة لجميع الأمة قليلة الأمثلة وهي مثل: حماية البيضة، وحفظ الجماعة من التفرق، وحفظ الدين من الزوال، وحماية الحرمين حرم مكة وحرم المدينة من أن يقعا في أيدي غير المسلمين...ونحو ذلك مما صلاحه وفساده يتناول جميع الأمة وكل فرد منها، وبعض صور الضروري والحاجي مما يتعلق بجميع الأمة.

وأما المصلحة والمفسدة اللتان تعودان على الجماعات العظيمة في الضروريات والحاجيات والتحسينيات المتعلقة بالأمصار والقبائل والأقطار على حسب مبلغ حاجاتها مثل: التشريعات القضائية لفصل النوازل، والعهود المنعقدة بين أمراء المسلمين وبين ملوك الأمم المخالفة في تأمين تجار المسلمين بأقطار غيرهم إذا دخلوها للتجارة...

والمصلحة الجزئية الخاصة هي مصلحة الفرد أو الأفراد القليلة وهي

أنواع ومراتب. وقد تكفلت بحفظها أحكام الشريعة في المعاملات[1].

فالمصالح الكلية إذن، التي تتعلق بعموم الأمة يتكفل بها السلطان؛ فهو مؤتمن عليها، وملزم بالاجتهاد والنظر في حفظها وتكثيرها إن كانت موجودة، وجلبها إذا لم توجد بعد، والجمع بينها إذا تعددت وجوهها وكان الجمع ممكنا، والترجيح بينها واختيار الأفضل بينها إذا تعذر الجمع.

والمصالح الجزئية المتعلقة بالأفراد وكل تحقيقها للأفراد أنفسهم، ما لم يؤد ذلك إلى حدوث تنازع بينهم. فإن كان جلب تلك المصالح سيحدث التنازع وجب التوقف عنها حتى يقضي فيها القضاء. قال ابن العربي: ما للحاكم أن يفعله بينكما جاز لك إذا قدرت أن تفعله لنفسك مع الضرورة ما لم تخف طروء مكروه عليك في دينك أو دنياك. والأصل في ذلك حديث هند إذ قالت: يا رسول الله! إن أبا سفيان رجل مِسِّيكٌ. فهل علي حرج أن أطعم من الذي له عيالنا؟ فقال: لا حرج عليك أن تطعميهم بالمعروف[2]»[3].

ومن حسن تطبيق الشريعة الإسلامية أن يلتزم كل راع بما هو في ذمته، فإن كان سلطانا اشتغل بالأحكام السلطانية، وإن كان قاضيا اشتغل بالأحكام القضائية، فيما يلتزم الأفراد بجلب المصالح الجزئية.

وأي تفريط في هذه الالتزامات أو تجاوز لها سيؤدي لا محالة إلى ضياع تلك المصالح بحسب قدر ذلك التضييع. وقد رأينا مثلا في السنوات الأخيرة، في بعض البلدان الإسلامية، حجم المفاسد التي نتجت عن محاولة تطبيق الحدود على بعض المنتهكين لها، من قبل أفراد وجماعات بحجة فساد السلطان والقضاء.

كما رأينا حجم المفاسد التي نتجت عن التهجم على السياح الأجانب

١- مقاصد الشريعة لابن عاشور: ٨٤ـ٨٥.

٢- صحيح البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب قصاص المظلوم إذا وجد ظالمه.

٣- عارضة الأحوذي: ٣/٢٣٥.

بالقتل والاختطاف من قبل جماعات لا تعير أي قيمة لعقد الأمان الذي منحه هؤلاء السياح من طرف السلطان، والذي يتجلى في تأشيرة الدخول إلى أرض الوطن.

وفي كلتا الحالتين كان المتضرر الأكبر هو صورة الإسلام، وبشكل خاص الصورة المشرقة للجهاد. ويزداد الضرر أكثر عندما تستغل الأحداث بشكل سيء من طرف أعداء الإسلام.

وإدراك الفرق بين التصرفات الشرعية قديم قدم الفقه الإسلامي، وهو مستوحى من تصرفات الرسول ﷺ. فقد جمع النبي ﷺ بين هذه المناصب بتكليف من ربه عز وجل. قال تعالى﴿ وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُواْ بِهِۦ ۖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ ۗ ﴾(النساء:٨٣) وقال جل جلاله: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا ﴾(النساء:٦٥) وقال عز وجل: ﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴾(النساء:١٠٥)، وقال سبحانه وتعالى: ﴿ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾(المائدة: ٤٨).

وقد روى مَالك عَنْ هشَام بْن عُرْوَةَ عَنْ أَبيه عَنْ زَيْنَب بنْت أَبي سَلَمَةَ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْج النَّبيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّه ﷺ قَالَ: إنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإنَّكُمْ تَخْتَصمُونَ إلَيَّ فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بحُجَّته منْ بَعْض فَأَقْضيَ لَهُ عَلَى نَحْو مَا أَسْمَعُ منْهُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ منْ حَقِّ أَخيه فَلَا يَأْخُذَنَّ منْهُ شَيْئًا فَإنمَا

أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنْ النَّارِ»[1].

غير أن الكلام عن هذه التصرفات والتمييز بينها ظل متناثرا في كتب الفقه والأصول، حتى جاء الإمام القرافي فوضع له كتابا مستقلا سماه الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، كما عقد له فقرة خاصة في كتاب الفروق.

قال القرافي رحمه اللّه: «ثم تقع تصرفاته ﷺ منها ما يكون بالتبليغ والفتوى إجماعا(كإبلاغ الصلاة وإقامتها، وإقامة المناسك ونحوها)[2] ومنها ما يجمع الناس على أنه بالقضاء(كإلزام أداء الديون، وتسليم السلع، ونقد الأثمان، وفسخ الأنكحة، ونحو ذلك) ومنها ما يجمع الناس على أنه بالإمامة(كالإقطاع وإقامة الحدود وإرسال الجيوش ونحوها)، ومنها ما يختلف العلماء فيه لتردده بين رتبتين فصاعدا، فمنهم من يغلب عليه رتبة، ومنهم من يغلب عليه أخرى. ثم تصرفاته ﷺ بهذه الأوصاف تختلف آثارها في الشريعة، فكل ما قاله ﷺ أو فعله على سبيل التبليغ كان ذلك حكما عاما على الثقلين إلى يوم القيامة فإن كان مأمورا به أقدم عليه كل أحد بنفسه وكذلك المباح وإن كان منهيا عنه اجتنبه كل أحد بنفسه وكل ما تصرف فيه عليه السلام بوصف الإمامة لا يجوز لأحد أن يقدم عليه إلا بإذن الإمام اقتداء به عليه السلام ولأن سبب تصرفه فيه بوصف الإمامة دون التبليغ يقتضي ذلك وما تصرف فيه ﷺ بوصف القضاء لا يجوز لأحد أن يقدم عليه إلا بحكم حاكم اقتداء به ﷺ ولأن السبب الذي لأجله تصرف فيه ﷺ بوصف القضاء يقتضي ذلك»[3].

١- الموطأ، كتاب الأقضية، باب الترغيب في القضاء بالحق.

٢- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص:٣٢.

٣- الفروق، الفرق السادس والثلاثون بين قاعدة تصرفه ﷺ بالقضاء وبين قاعدة تصرفه بالفتوى والتبليغ وبين قاعدة تصرفه بالإمامة: ١/٣٥٧، وكتابه أيضا: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: ٢٩ ٣٥.

٢. العلامات الفارقة بين التصرف بالتشريع والتصرف بالإمامة:

يمكن أن نقف على بعض العلامات التي تميز بين التصرفات التشريعية والتصرفات بالإمامة من خلال الضوابط الآتية:

أ- مراجعة الخلفاء الراشدين لبعض تصرفاته ﷺ بعد وفاته:

فمن العلامات التي نميز بها بين ما هو تصرف بالتشريع و ما هو تصرف بالإمامة هو مراجعة الصحابة رضي الله عنهم لتصرفات النبي ﷺ، وهي « أكبر دليل على وعي الصحابة رضي الله عنهم بأن من تصرفاته ﷺ تصرفات صدرت عنه بحكم السياسة الشرعية، اقتضتها مصالح جزئية، فلما تغيرت تلك المصالح، تغيرت الأحكام المرتبطة بها. وقد ساعد على ذلك أن الخلفاء الراشدين كانوا أئمة يحكمون المسلمين لمدة ثلاثين سنة. فاستجد في عهدهم حوادث، وتغيرت ظروف، أظهرت منهجهم العام في التعامل مع تصرفاته ﷺ، وأوضحت كيف أنهم يعتبرون كثيرا منها مؤقتة ومرتبطة بظروفها وملابساتها»[١].

ومن الأمثلة في هذا المجال:

- **مراجعة حكم ضوال الإبل:**

فقد روى مالك عن زيد بن خالد الجهني أنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة فقال: اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها. قال: فضالة الغنم يا رسول الله؟ قال: هي لك أو لأخيك أو للذئب. قال: فضالة الإبل؟ قال: ما لك ولها؟ معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها[٢].

قال الباجي: «ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها» نبهه على أنها

١- تصرفات الرسول ﷺ بالإمامة:ص:٥٨

٢- الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في اللقطة.

تمتنع من عوادي السباع في الأغلب، وأنها مع ورودها الماء وأكلها من الشجر الذي لا يعدمها ستبقى بامتناعها إلى أن يلقاها ربها فيأخذها، والتقاطها يمنع صاحبها من وجودها ويضر به في طلبها؛ لأنه قد يطلبها في الجبال ومواضع الماء والشجر، فإن منعت من تلك المواضع لم يجدها ربها.

...وهذا كان حكم ضوال الإبل في زمن النبي ﷺ، وفي زمن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لما كان يؤمن عليها ، فلما كان في زمن عثمان وعلي رضي الله عنهما ولم يؤمن عليهما لمَّا كثر في المسلمين ممن لم يصحب النبي ﷺ، وكثر تعديهم عليها أباحوا أخذها لمن التقطها ورفعها إليهم ولم يروا ردها إلى موضعها. وقد كان عمر بن الخطاب أمر ثابت بن الضحاك بتعريفها ثم أباح له ردها إلى موضعها، وإنما اختلفت الأحكام في ذلك لاختلاف الأحوال.

وفي باب آخر من كتاب الأقضية روى مالك أنه سمع ابن شهاب يقول: كانت ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلا مؤبلة تناتج لا يمسها أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها[1].

قال الباجي: « قوله: « كانت ضوال الإبل في زمان عمر إبلا مؤبلة « يعني أنها كانت لا يأخذها أحد، وإن أخذ منها الواحدة مثل ما أخذ ثابت بن الضحاك ممن لم يبلغه النهي ، أو ممن بلغه النهي وتأوله على حسب ما قدمناه فكان الأكثر لا يؤخذ فتبقى مؤبلة تتناتج لا يمسها أحد.

فلما كان زمان عثمان أمر بتعريفها، ثم تباع لصاحبها يعطى ثمنها إذا جاء، وذلك والله أعلم لما كثر في الناس من لم يصحب النبي ﷺ من كان لا يعف عن أخذها إذا تكررت رؤيته لها حتى يعلم أنها ضالة، فرأى أن الاحتياط عليها أن ينظر فيها الإمام فيبيعها، ويبقى التعريف فيها، فإذا

١- الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في ضوال الإبل.

جاء صاحبها أعطي ثمنها.

وحمل حديث النبي ﷺ في المنع من أخذها على وقت إمساك الناس عن أخذها، ويحتمل أيضا أنه كان يبيعها إذا يئس من مجيء صاحبها بأن تطول المدد على ذلك وتتناتج، ويخاف عليها الموت، فكان في بيعها على هذا الوجه حفظ لها على صاحبها؛ لأنه كان ينقلها إلى الأثمان التي لا يخاف عليها.

- **تعزير شارب الخمر:**

ومعناه أنه ليس فيه حد معروف لا يزاد عليه ولا ينقص، وإنما هو تعزير موكول أمرها إلى الإمام ليأخذ فيها ما يراه مناسبا.

فقد روى مالك أن «عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال له علي بن أبي طالب: نرى أن تجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى أو كما قال، فجلد عمر في الخمر ثمانين»[1].

قال الباجي: «قوله إن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل وجواب علي يدل على أنه إنما استشار في قدر الحد؛ وإنما كان ذلك لأن الأصح أنه لم يتقرر في زمن النبي ﷺ، بمعنى أنه لم يحد فيه حدا بقول يعلم، لا يزاد عليه ولا ينقص عنه؛ وإنما كان يضرب مقدارا قدرته الصحابة. واختلفوا في تقديره، يدل على ذلك ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: ما من رجل أقمت عليه حدا فمات فأجد في نفسي منه شيئا إلا شارب الخمر، فإنه إن مات فيه وديته لأن رسول الله ﷺ لم يبينه[2]. ومعنى ذلك أنه لم يحده بقول يحصره ويمنع الزيادة فيه والنقص منه فحدوه باجتهادهم.

وروى أنس: أتي النبي ﷺ برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحوا

١- الموطأ، كتاب الأشربة، باب الحد في الخمر.

٢- متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال، ومسلم في كتاب الحدود، باب حد الخمر.

من أربعين، وفعله أبو بكر؛ فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن: أخف الحدود ثمانون، فأمر به عمر. وقد تقدم من قول علي بن أبي طالب أنه قال: إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فقاسه على المفتري، واستدل أن ذلك حكمه. وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة أن حد شارب الخمر ثمانون. وقال الشافعي: أربعون. والدليل على أن ما نقوله ما روي من الأحاديث الدالة على أنه لم يكن من النبي ﷺ نص في ذلك على تحديد، وكان الناس على ذلك، ثم وقع الاجتهاد في ذلك في زمن عمر بن الخطاب ولم يوجد عند أحد منهم نص على تحديد، وذلك من أقوى الدليل على عدم النص فيه لأنه لا يصح أن يكون فيه نص باق حكمه ويذهب على الأمة، لأن ذلك كأن يكون إجماعا منهم على الخطأ، ولا يجوز ذلك على الأمة. ثم أجمعوا واتفقوا أن الحد ثمانون، وحكم بذلك على ملأ منهم، ولم يعلم لأحد فيه مخالفة، فثبت أنه إجماع. ودليلنا من جهة القياس أن هذا حد في معصية فلم يكن أقل من ثمانين كحد الفرية والزنى»[1].

يقول الدكتور محمد سليم العوا: «ومجموع الروايات عنهم في ذلك يقطع بأنهم فهموا أن العقوبة تعزيرية متروك أمر تقديرها لسلطة التشريع في كل زمان لتقرر في شأنها ما تراه صالحا»[2]. ومثل هذه العقوبات التعزيرية السجن، قال الباجي: « السجن تعزير فيجب أن يكون مصروفا إلى اجتهاد الإمام»[3].

ب- التصرفات بالإمامة غير لازمة في قدرها وزمانها ومواطنها:

وإنما هي للسلطان ينظر فيها بالزيادة أو النقصان، أو التقديم والتأخير، أو الفعل أو الترك بحسب ما تقتضيه المصلحة الراجحة للرعية. أما التصرفات التشريعية فهي محددة ومعروفة ولازمة بالشرع، فيلزم المصير

١- المنتقى: ٤/ ٢٨٧.

٢- الفقه الإسلامي في طريق التجديد: ص٢٤٨.

٣- المنتقى: ٩/ ١٩٨.

إليها على كل حال، وليس لأحد النظر فيها بالزيادة أو النقصان لرأي رآه أو مصلحة ارتآها.

يقول الإمام أبو بكر بن العربي: «مدح الله المشاور في الأمور، ومدح القوم الذين يمتثلون ذلك، وقد كان النبي ﷺ يشاور أصحابه في الأمور المتعلقة بمصالح الحروب، وذلك في الآثار كثير، ولم يشاورهم في الأحكام؛ لأنها منزلة من عند الله على جميع الأقسام: من الفرض، والندب، والمكروه، والمباح، والحرام»[1].

ومن أمثلة التصرفات التي اعتبرت من اختصاص الإمارة واتضحت فيها هذه العلامة الفارقة:

- **تفريق الإمام الزكوات على المستحقين لها:**

ومما هو من التصرف بالإمامة أيضا تفريق الزكوات على الأصناف الثمانية المذكورين في قوله تعالى﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ﴾(التوبة:٦٠). فقد قَالَ مَالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي قَسْم الصَّدَقَات أَنَّ ذَلكَ لَا يَكُونُ إِلاَّ عَلَى وَجْه الاجْتهَاد منْ الْوَالي فَأَيُّ الْأَصْنَاف كَانَتْ فيه الْحَاجَةُ وَالْعَدَدُ أُوثرَ ذَلكَ الصِّنْفُ بقَدْر مَا يَرَى الْوَالي وَعَسَى أَنْ يَنْتَقلَ ذَلكَ إلَى الصِّنْف الْآخَر بَعْدَ عَام أَوْ عَامَيْن أَوْ أَعْوَام فَيُؤْثَرُ أَهْلُ الْحَاجَة وَالْعَدَد حَيْثُمَا كَانَ ذَلكَ وَعَلَى هَذَا أَدْرَكْتُ مَنْ أَرْضَى منْ أَهْل الْعلْم قَالَ مَالك وَلَيْسَ للْعَامل عَلَى الصَّدَقَات فَريضَةٌ مُسَمَّاةٌ إلاَّ عَلَى قَدْر مَا يَرَى الْإمَامُ»[2].

وأهل العلم الذين رضي مالك قولهم، ممن أدركهم أو لم يدركهم، فصل في أسمائهم الإمام الطبري. فقد أسند إلى حذيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «إن شئت

١- أحكام القرآن: ٤/ ٩٢٩١.

٢- الموطأ، كتاب الزكاة، باب آخذ الصدقة ومن يجوز له أخذها.

جعلته في صنف واحد، أو صنفين، أو لثلاثة». وقال أيضا:« إذا وضعتها في صنف واحد أجزأ عنك».عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «أيُّما صنف أعطيته من هذا أجزأك». وأخرج الطبري نحو ذلك بأسانيده عن سعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح و إبراهيم النخعي و أبي العالية وميمون بن مهران. قال الزيلعي عن هذه الأسانيد إنها: أسانيد حسنة[1].

وتابع الزيلعي قوله:« واستدل ابن الجوزي في التحقيق على ذلك بحديث معاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم[2]، قال: والفقراء صنف واحد، ولم يذكر سواهم. وقال أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال: ومما يدل على صحة ذلك أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أتاه بعد ذلك مال فجعله في صنف واحد سوى صنف الفقراء، وهم المؤلفة قلوبهم: الأقرع بن حابس، وعيينة بن حصن، وعلقمة بن علاثة، وزيد الخير، قسم فيهم الذهبية التي بعث بها إليه علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من اليمن، وإنما تؤخذ من أهل اليمن الصدقة. ثم أتاه مال آخر فجعله في صنف آخر وهم الغارمون، فقال لقبيصة بن المخارق حين أتاه وقد تحمل حمالة: يا قبيصة! أقم حتى تأتينا الصدقة، فنأمر لك بها[3]، وفي حديث سلمة بن صخر البياضي أنه أمر له بصدقة قومه[4]، ولو وجب صرفها إلى جميع الأصناف لم يجز دفعها إلى واحد»[5].

وقد بين ابن العربي عدم دلالة الآية على وجوب إعطاء كل صنف من الأصناف الثمانية فقال: واختلف العلماء في المعنى الذي أفادت هذه اللام الواردة في قوله تعالى ﴿ لِلْفُقَرَآءِ ﴾ فقيل لام الأجل؛ كقولك: هذا السرج

١- نصب الراية: ٢/ ٣٩٧.

٢- صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب وجوب ألزكاة.

٣- صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب من تحل له الصدقة.

٤- حديث حسن، سنن الترمذي، كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة المجادلة.

٥- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية: ٤ / ٢٨٤ ٢٨٥.

للدابة، والباب للدار؛ وبه قال مالك وأبو حنيفة. ومنهم من قال: إن هذه لام التمليك؛ كقولك: هذا المال لزيد؛ وبه قال الشافعي. واتفقوا على أنه لا يعطى جميعها للعاملين عليها.

وخلاصة الأمر فإن الآية الكريمة تتضمن حكما محدودا بالشرع وهو تحديد الأصناف الذين تصرف فيهم الزكاة، ولا تخرج عنهم إلى غيرهم؛ كما تضمنت حكما هو من تصرفات الإمام وهو تحديد الصنف الأولى بالإيثار بحسب مقدار حاجته، فللإمام أن يزيد في مقدار ما يعطى لأحد الأصناف وينقص مما يعطى لصنف آخر. وقد يؤثر أحد الأصناف بكل الزكاة دون الأصناف الأخرى، كل ذلك بحسب ما يراه من المصلحة في دفع أشد الحاجات فأشدها. وفي هذا قال مالك رضي الله عنه : «فأي الأصناف كانت فيه الحاجة والعدد أوثر ذلك الصنف بقدر ما يرى الوالي» قال الباجي معلقا: «يريد بالحاجة أن يكونوا أشد فقرا من غيرهم وأكثر عددا وأقل مرافق والإيثار يكون على ضربين أحدهما أن يعطى صنف الحاجة الأكثر ويعطى غيرهم الأقل والثاني أن يعطى صنف الحاجة الجميع ولا يعطى غيرهم شيئا وذلك جائز عند مالك وبه قال أبو حنيفة، وقد يتغير الأمر في قابل الأعوام».

فضابط الصنف الذي يؤثر بالزكاة والمقدار الذي يقسم له هو الحاجة. فلهذا قال الباجي في قول مالك: «عسى أن ينقل ذلك إلى الصنف الآخر بعد عام أو عامين».

يريد العطاء لأجل الحاجة؛ لأن الشدة والحاجة لا تبقى على حال واحدة بل ينتقل من قوم إلى قوم، ويكون العطاء لكل إنسان بقدر حاجته وكثرة عياله وقلة تصرفه وقلة سؤاله وما يعرف من صلاحه وليس لذلك حد ، وإنما هو على قدر الاجتهاد.

وقال ابن العربي: «والذي صار إليه مالك من أنه يجتهد الإمام ويتحرى

موضع الحاجة هو الأقوى»[1].

ولا يتوقف النظر في أصناف المستحقين للزكاة، بل يتعداه إلى مواطنهم وبلدانهم، فأيهم كان أشد حاجة وأكثر فقرا آثره الإمام. قال الباجي: «أما موضع تفريق الزكاة، فإنه حيث تؤخذ من أربابها إلا أن يكون بموضع لا فقراء فيه؛ فإن كان بالموضع فقراء فلا يخلو أن يكون أهل ذلك الموضع أشد حاجة من غيرهم أو حاجتهم كحاجة غيرهم أو تكون حاجة غيرهم أشد فإن كانت حاجتهم أشد أو مساوية لحاجة غيرهم فأهل موضع الصدقة أولى بصدقتهم حتى يغنوا أو لا ينقل منها إلا ما فضل عنهم ، وإن كانت حاجة غيرهم أشد فرق من الصدقة بموضعها بمقدار ما يرى الإمام وينقل سائرها إلى موضع الحاجة هذا المشهور من مذهب مالك»[2].

وقال ابن العربي: «قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ﴾ مقابلة جملة بجملة، وهي جملة الصدقة بجملة المصرف لها، ولكن النبي ﷺ قال في حديث البخاري وغيره حين أرسل معاذا إلى اليمن: قل لهم: «إن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم» فاختص أهل كل بلد بزكاة بلده؛ فهل يجوز نقلها أم لا؟ في ذلك ثلاثة أقوال: الأول: لا تنقل، وبه قال سحنون. وقاله ابن القاسم، إلا أنه زاد: إن نقل بعضها لضرورة رأيته صوابا.

الثاني: يجوز نقلها، وقاله مالك أيضا.

الثالث: يقسم في الموضع سهم الفقراء والمساكين، وينقل سائر السهام باجتهاد الإمام.

والصحيح ما قاله ابن القاسم لقول النبي ﷺ لمعاذ، ولأن الحاجة إذا

١- أحكام القرآن: ٢/٥٢٣.

٢- المنتقى: ٣/٢٣١.

نزلت وجب تقديمها على من ليس بمحتاج فالمسلم أخو المسلم لا يسلمه ولا يظلمه»[1].

- **التسعير:**

روى الإمام الترمذي عَنْ أَنَس قَالَ: غَلَا السِّعْرُ عَلَى عَهْد رَسُول اللَّهِ ﷺ. فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهَّ سَعِّرْ لَنَا! فَقَالَ: إِنَّ اللَّهَّ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّزَّاقُ؛ وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى رَبِّي وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَم وَلَا مَال. قَالَ أَبُو عِيسَى: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ.

فقد ذكر الباجي أن أشهب روى عن مالك في العتبية في صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن ثلث رطل، ولحم الإبل نصف رطل، وإلا خرجوا من السوق، قال: «إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به، ولكن أخاف أن يقوموا من السوق»...ووجه قول أشهب ما يجب من النظر في مصالح العامة، والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم، وليس يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، ولا يمنع البائع ربحا، ولا يسوغ له منه ما يضر بالناس[2].

- **تعزير المتساحقتين:**

فليس في عقوبتهما حد مقدر، وإنما ذلك إلى اجتهاد الحاكم، وهو قول ابن القاسم؛ والدليل على صحته عند الباجي:«أنه بمعنى المباشرة؛ لأنه لا يجب الحد إلا بالتقاء الختانين، وذلك غير متصور في المرأتين فلزم به التعزير. قال أصبغ: يجلدان خمسين خمسين ونحوها، وهذا التعزير عندي على ما رواه في ذلك الوقت، والصواب أنه موقوف على اجتهاد الإمام على ما قاله ابن القاسم[3].

١- أحكام القرآن: ٢/٥٤٠.

٢- المنتقى: ٦/٣٥١.

٣- المنتقى:٩/ ١٥٠.

٣. منزلة الرعية من الإمام:

تبلغ درجة وجوب الاجتهاد في حق السلطان لتحقيق المصالح للرعية حد تنزيل الرعية من الإمام منزلة اليتيم من وصيه. قال الشافعي رضي الله عنه: «منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم»[١]. وأصله ما أخرجه سعيد بن منصور عن البراء قال: قال عمر رضي الله عنه: إني أنزلت نفسي من مال الله تعالى بمنزلة ولي اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعففت...فإن الله تعالى قال: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (النساء:٦)[٢].

وقد أشار الإمام الباجي إلى هذه المنزلة في العلاقة حين تحدث عن إرسال أموال الزكاة إلى الإمام فقال: «ودليلنا من جهة القياس أن هذا مال للإمام فيه حق الولاية فوجب دفعه إليه أصله دفع مال اليتيم إلى الوصي»[٣].

ومن ثم فإني أرى أن كل النصوص الشرعية في الكتاب والسنة المتعلقة بمعاملة الوصي لليتيم تتنزل على معاملة السلطان لرعيته، إن خيرا فخير وإن شرا فشر.

أ- نماذج من المصالح الكلية التي وكلت إلى تصرف الإمام:

من أمثلة المصالح التي يجب على السلطان النظر فيها للرعية نجد ما يلي:

- **مصلحة حماية ثغور المسلمين:**

ففي قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾ (الكهف:٩٤) قال ابن العربي:

١- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: ١/ ٢٦٩.

٢- الأشباه والنظائر: ص ١٣٧، تأليف العلامة زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠ هـ)

٣- المنتقى: ٣/ ١٢٨ ١٢٩.

«كان ملكا ينظر في أمورهم، ويقوم بمصالحهم، فعرضوا عليه جزاء في أن يكف عنهم ما يجدونه من عادية يأجوج ومأجوج، وعلى الملك فرض أن يقوم بحماية الخلق في حفظ بيضتهم ، وسد فرجتهم ، وإصلاح ثغرهم من أموالهم التي تفيء عليهم، وحقوقهم التي يجمعها خزنتهم تحت يده ونظره، حتى لو أكلتها الحقوق، وأنفدتها المؤن، واستوفتها العوارض، لكان عليهم جبر ذلك من أموالهم. وعليه حسن النظر لهم، وذلك بثلاثة شروط:

الأول : ألا يستأثر بشيء عليهم.

الثاني: أن يبدأ بأهل الحاجة منهم فيعينهم.

الثالث: أن يسوي في العطاء بينهم على مقدار منازلهم، فإذا فنيت بعد هذا ذخائر الخزانة وبقيت صفرا فأطلعت الحوادث أمرا بذلوا أنفسهم قبل أموالهم، فإن لم يغن ذلك فأموالهم تؤخذ منهم على تقدير، وتصرف بأحسن تدبير»[1].

ومعناه أن على الراعي أن يعدل في العطاء كما يعدل في الأخذ عند حدوث النوائب.فلا يجعل لنفسه وذويه شيئا يستأثر به من دون الرعية، وأن يبدأ بذوي الحاجات فيرفع حاجاتهم، وثالثا أن يسوي في العطاء بينهم على مقدار منازلهم، ومعناه أن يعدل بينهم فيعطيهم بحسب حاجاتهم

فإذا فعل ذلك طابت نفوس الرعية أن يأخذ من أموالهم عند حدوث النوائب، لما يتبين لهم في ذلك الأخذ من المصلحة أولا، ولما رأوه من العدل المتقدم منه في العطاء ثانيا، فتأخذ الأموال من الرعية على تقدير، ومعناه بمقتضى العدل الإلهي: على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، كما تصرف بأحسن تدبير في الوجوه التي تعود على الأمة بالنفع العام.

ويتابع ابن العربي تعليقه على الآية فيقول: «فهذا ذو القرنين لما عرضوا عليه المال قال: لست أحتاج إليه، وإنما أحتاج إليكم فأعينوني بقوة، أي

١- أحكام القرآن: ٣/٢٤٣.

اخدموا بأنفسكم معي، فإن الأموال عندي والرجال عندكم؛ ورأى أن الأموال لا تغني دونهم، وأنهم إن أخذوها أجرة نقص ذلك مما يحتاج إليه، فعاد عليهم بالأخذ، فكان التطوع بخدمة الأبدان أولى. وضبط الأمر فيه أنه لا يحل أخذ مال أحد إلا لضرورة تعرض فيؤخذ ذلك المال جهرا لا سرا، وينفق بالعدل لا بالاستئثار، وبرأي الجماعة لا بالاستبداد بالرأي. والله الموفق للصواب»[١].

أ- مصالح عقد الأمان:

قال ابن العربي: في باب الأمان: « قال علماؤنا رضي الله عنهم: الإمام مخير في الأعداء بين خمسة أشياء: القتل، المن، الفداء، الرق، الجزية، وقال أبو حنيفة: لا يجوز المن، وللعلماء في ذلك تفصيل طويل. وقد ثبت في الحديث الصحيح أن النبي ﷺ من وامتن. والإمام ناظر للمسلمين، فينظر فيما هو أعود عليهم بالمصلحة وأنفع لهم في الآجلة والعاجلة، فما أنفذ من ذلك بحسب ما ظهر له من ذلك مضى»[٢].

وصيغة التفضيل في قول ابن العربي: «أعود عليهم بالمصلحة وأنفع لهم في الآجلة والعاجلة» تعني أن على الإمام أن ينظر في تلك الخصال، فما وجده منها أكثر نفعا للمسلمين قضى به، وليس له أن يختار بينها بمجرد التشهي أو الهوى. وعلى ذلك فالتخيير الوارد في قوله أولا: « الإمام مخير في الأعداء» غير مراد على ظاهره. وقد فصل الكلام على هذا التخيير الإمام القرافي رحمه الله فقال: « وأما التخيير بين الخصال الخمس في حق الأسارى عند مالك رحمه الله ومن وافقه، وهي القتل والاسترقاق والمن والفداء والجزية، فهذه الخصال الخمس ليس له فعل أحدها بهواه ولا لأنها أخف عليه، وإنما يجب عليه بذل الجهد فيما هو أصلح للمسلمين. فإذا فكر واستوعب فكره في وجوه المصالح ووجد بعد ذلك مصلحة هي أرجح للمسلمين وجب عليه فعلها

١- أحكام القرآن: ٢٤٣/٣.

٢- القبس: ٥٩٨/٢ و المنتقى: ٤٤٧/٤.

وتحتمت عليه، ويأثم بتركها. فهو لا يوجد في حقه الإباحة والتخيير المقرر في خصال كفارة الحنث أبدا، لا قبل الاجتهاد ولا بعد الاجتهاد.

أما قبل الاجتهاد فالواجب عليه الاجتهاد وبذل الجهد في وجوه المصالح، ولا تخيير هاهنا في هذا المقام ولا إباحة، بل الوجوب الصرف.

وأما بعد الاجتهاد فيجب عليه العمل بالراجح من المصالح، ولا خيرة له فيه، ومتى تركه أثم. فالوجوب قبلُ، والوجوب بعدُ، والوجوب حالةَ الفكرة، فلا تخيير ألبتة، وإنما هو وجوب صرف في جميع الأحوال. وتسمية الفقهاء رحمهم الله ذلك خيرة إنما يريدون به أنه لا يتحتم عليه قبل الفكر فعل خصلة من هذه الخصال الخمس، بل يجتهد حتى يتحصل له الأصلح فيفعله حينئذ»[1]. ويقول أيضا: « بل يفعل ما هو الأصلح للمسلمين فهو أبدا ينتقل من واجب إلى واجب والوجوب دائما عليه في جميع أحواله قبل الاجتهاد يجب عليه الاجتهاد وحالة الاجتهاد هو ساع في أداء الواجب ففعله حينئذ واجب وبعد الاجتهاد يجب عليه فعل ما أدى إليه اجتهاده فلا ينفك عن الوجوب أبدا»[2]

وقد بين الباجي صور اجتهاد الإمام في الأسرى فقال: «إن المشركين على ضربين: أحدهما من لا يخاف منه مضرة ولا معونة برأي ولا مال كالراهب والشيخ الفاني فهذا قد تقدم حكمه والضرب الثاني أن يكون ممن تخشى مضرته فيكون فيه المعونة بالحرب أو الرأي أو المال فهذا إذا أسر يكون الإمام مخيرا فيه بين خمسة أشياء : أن يقتله أو يفادي به أو يمن عليه أو يسترقه أو يعقد له الذمة على أداء الجزية»[3].

و«إذا ثبت ذلك فإن الإمام يجب أن ينظر في ذلك بحسب الاجتهاد

١- الفروق، الفرق العشرون والمائة بين قاعدة تخيير المكلفين في الكفارة وقاعدة تخيير الأئمة في الأسارى والتعزير وحد المحارب ونحو ذلك: ٣/ ٣٣ ٣٤.

٢- نفسه: ٣/٣٦.

٣- المنتقى: ٤/٣٣٨.

فمن علمت شجاعته وإقدامه أو رأيه وتدبيره فالأولى قتله، ومن لم يكن بهذه الصفة وكان صانعا أو عسيفا فالأفضل استبقاؤه، ومن رجي إسلامه والانتفاع به فالأولى أن يمن عليه، ومن كان غناؤه عنهم قليلا وأخذ عنه عوض نافع من مال أو أسير من أسرى المسلمين فودي»[١].

ويقول ابن العربي : « فأما الأربعة الأخماس فهي ملك للغانمين: من غير خلاف بين الأمة، بيد أن الإمام إن رأى أن يمن على الأسرى بالإطلاق فعل وتبطل حقوق الغانمين فيهم لقوله ﷺ: لو كان المطعم بن عدي حيا وكلمني في هؤلاء الثني لتركتهم له[٢]، وله أن ينفل جميعهم، ويبطل حق الغانمين بالقتال من غير خلاف؛ وذلك بحكم ما يرى أنه نظر للمسلمين وأصلح لهم»[٣].

ب- محاربة المفسدين في البلد:

ومثل هذا الاجتهاد اجتهاد الإمام في أحكام الحرابة، فإن اجتهاده هذا منضبط بما يدفع أشد مفاسد المحاربين فأشدها عن المسلمين.

قال الباجي: « وإذا أخذ اللصوص قبل التوبة لزمهم الحد، وهو القتل والصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف والنفي والحبس. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِ﴾ (المائدة:٣٣).

قال ابن المواز وابن سحنون عن مالك أن ذاك على التخيير، وقال أبو حنيفة والشافعي: حدهم على الترتيب، فلا يقتل من لم يقتل، ولا يصلب ولا يقطع، فإن قتل ولم يأخذ مالا قتل فقط، ولم يصلب ولم يقطع، وإن أخذ

١- المنتقى: ٤/ ٣٣٨ ٣٣٩.

٢- صحيح البخاري، كتاب فرض الخمس، باب ما من النبي ﷺ على الأسارى من غير أن يخمس.

٣- أحكام القرآن: ٢/ ٤٠٩.

المال ولم يقتل قطع، وإن قتل وأخذ المال، قال أبو حنيفة: الإمام مخير إن شاء جمع القتل والقطع، وإن شاء جمع القتل والصلب، ثم قتل بعد الصلب. وقال الشافعي: يقتلهم حتفا ثم يصلبهم. والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِ﴾ ولفظة «أو» ظاهرها التخيير، ولم يشترط أن يكونوا قتلوا.

إذا ثبت أنه على التخيير، فإنه تخيير متعلق باجتهاد الإمام ومصروف إلى نظره ومشورة الفقهاء بما يراه أَتَمَّ للمصلحة وأَذَبَّ عن الفساد، قاله مالك في الموازية وليس ذلك على هوى الإمام، ولكن على الاجتهاد يريد بقدر ما خبره.

ج- نظر الإمام في مدة العهد إلى المشركين:

أعني: هل يتم إليهم عهدهم إلى مدتهم التي عاهدهم عليها، أم يجدد النظر في العهد ويقيده بأربعة أشهر كما في قوله تعالى: ﴿بَرَآءَةٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ إِلَى ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾ (التوبة: ١). قال ابن العربي: «المسألة الرابعة: يحتمل أن تكون الأربعة الأشهر أيضا أجلا لمن كانت مدته أكثر من أربعة أشهر. ويكون إسقاط الزيادة تخصيصا للمدة، كما أخرج الله النساء من أعداد من صولح عليه في الحديبية، بحسب ما يظهر من المصلحة للإمام، والتمادي على العهد، أو الرجوع عنه»[١].

٤. التزام الرعية بأمر الراعي:

وحتى تنتظم وجوه المصالح وتتحقق، ويكون لتولية السلطان معنى ولنظره في المصالح فائدة، كان على الرعية أن تلتزم بما يراه الراعي ولا تختلف عليه فيه. ومن هذا التزام الرعية بالمعاهدات التي يعقدها

١- أحكام القرآن: ٢/٤٤٨.

الإمام مع سائر الدول مما يراه مصلحة للرعية.

ففي قوله تعالى: ﴿بَرَآءَةٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ إِلَى ٱلَّذِينَ عَـٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾ (التوبة:١)س قال ابن العربي: ولم يعاهدهم إلا النبي ﷺ وحده، ولكنه كان الآمر والحاكم، وكل ما أمر به أو أحكمه فهو لازم للأمة، منسوب إليهم، محسوب عليهم، يؤاخذون به؛ إذ لا يمكن غير ذلك؛ فإن تحصيل الرضا في ذلك من الجميع متعذر لوجهين: أحدهما: اختلاف الآراء، وامتناع الاتفاق على مذهب واحد.

والثاني: كثرة عددهم المانع من تحصيل رضا جميعهم، فوقع الاجتزاء بالمقدم من الوجهين؛ فإذا عقد الإمام بما يراه من المصلحة أمرا لزم الرعايا حكمه»[١].

أ- التزام الرعية بما يراه الإمام فيما اختلف فيه:

فإذا كانت المسألة مختلفا فيها بين أهل العلم ولم يقع الاتفاق بينهم على قول واحد فيها ورفع أمرها إلى الإمام ليحكم فيها فأخذ فيا برأي معين، فإن قوله ذاك يقطع الخلاف.

من ذلك ما روى مالك أن خولة بنت حكيم دخلت على عمر بن الخطاب فقالت: إن ربيعة بن أمية استمتع بامرأة فحملت منه، فخرج عمر بن الخطاب فزعا يجر رداءه فقال: هذه المتعة! ولو كنت تقدمت فيها لرجمت[٢].

وقد سرد الباجي اختلاف العلماء في حكم المتعة ليبين أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد أخذ فيها بما يراه من غير تحقق للإجماع ثم قال: « ومما يدل على أنه لم ينعقد الإجماع على تحريمه أنه يلحق به الولد ولو انعقد الإجماع بتحريمه وأتاه أحد عالما بالتحريم لوجب أن لا يلحق به الولد والله أعلم».

١- أحكام القرآن: ٤٤٧/٢.

٢- الموطأ، كتاب النكاح، نكاح المتعة.

وفي ضوء هذا الخلاف فسر الباجي قول عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ولو كنت تقدمت فيها لرجمت» فقال: يريد: «أعلمت الناس إعلاما شائعا بما أعتقد في ذلك وآخذ به من التحريم حتى لا يخفى ذلك على من فعله فيكون المتمتع مقتحما للتحريم...ويحتمل أن يريد بذلك لو كنت أعلمت الناس برأيي في ذلك من تحريمه ووجوب الحد على من أتاه لأقمت الحد فيه بالرجم وغيره لأن الأحكام لا تجري عند الخلاف إلا على ما رآه الإمام الذي يحكم في ذلك لا سيما إذا كان عنده في ذلك من النص أو وجه التأويل ما يمنع قول المخالف، وبالله التوفيق»[1].

ومن ذلك أيضا ما روى مالك أن وَجَدَ رِيحَ طيب وَهُوَ بِالشَّجَرَةِ فَقَالَ: مِمَّنْ رِيحُ هَذَا الطِّيبِ؟ فَقَالَ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ: مِنِّي يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ. فَقَالَ: مِنْكَ لَعَمْرُ اللَّهِ؟ فَقَالَ مُعَاوِيَةُ: إِنَّ أُمَّ حَبِيبَةَ طَيَّبَتْنِي يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ. فَقَالَ عُمَرُ: عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَتَرْجِعَنَّ فَلْتَغْسِلَنَّهُ»[2].

فقد رأى الباجي أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ منع معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من استدامة ما كان عليه من الطيب ولم ير فيه رأيه ولا رأي أم حبيبة رضي الله عنها وأنه جاز له الإنكار على معاوية ومنعه من التعلق بفعل أم حبيبة والأخذ في ذلك برأيها وإن كان معاوية وأم حبيبة من أهل العلم والاجتهاد، والمسألة مسألة اجتهاد ولم ينقل في ذلك نص يرد ما ذهبا إليه؛ لأنه كان الإمام الذي يختار للناس ويلزمهم الرجوع إلى اجتهاده وله أن يأخذ الناس بما يراه الصواب فيما ظهر إليه من أقوالهم وأفعالهم»[3].

ومنه أيضا ما روى مالك عن غير واحد أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُود اسْتُفْتِيَ وَهُوَ بِالْكُوفَةِ عَنْ نِكَاحِ الْأُمِّ بَعْدَ الابْنَةِ إِذَا لَمْ تَكُنْ الابْنَةُ مُسَّتْ فَأَرْخَصَ فِي

١- المنتقى: ٥/١٤٤.

٢- الموطأ، كتاب الحج، باب ما جاء في الطيب في الحج.

٣- المنتقى: ٣/٣٣٧.

ذَلِكَ، ثُمَّ إِنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ قَدِمَ الْمَدِينَةَ فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ فَأُخْبِرَ أَنَّهُ لَيْسَ كَمَا قَالَ وَإِنَّمَا الشَّرْطُ فِي الرَّبَائِبِ؛ فَرَجَعَ ابْنُ مَسْعُودٍ إِلَى الْكُوفَةِ فَلَمْ يَصِلْ إِلَى مَنْزِلِهِ حَتَّى أَتَى الرَّجُلَ الَّذِي أَفْتَاهُ بِذَلِكَ فَأَمَرَهُ أَنْ يُفَارِقَ امْرَأَتَهُ[1].

قال الباجي: « وقوله: «فرجع ابن مسعود إلى الكوفة فلم يصل إلى منزله حتى أتى الرجل الذي أفتاه بذلك فأمره أن يفارق امرأته» يريد تعجيل أمره له بالفراق وإخباره بما يجب في ذلك وتقديمه على الوصول إلى منزله وذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون عبد الله بن مسعود قد ظهر إليه وجه الصواب في خلاف ما أفتى به فتعجل استدراك الأمر في المستقبل، والمبادرة إلى منعه استدامة نكاح من محرم عليه؛ والثاني: أن يكون عبد الله بن مسعود باقيا على مذهبه غير أن الحكم إنما يجري على رأي الإمام فلزمه الرجوع إلى قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه والأخذ به وحمل الناس عليه؛ وكذلك كل ما اختلف فيه العلماء فإن الرجوع فيه في كل عصر من الأعصار إلى إمام ذلك العصر إذا ظهر ذلك إليه ووقع فيه الاختلاف»[2].

ومن ذلك أيضا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أَنَّ ثَابِتَ بْنَ الضَّحَّاكِ الْأَنْصَارِيَّ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ وَجَدَ بَعِيرًا بِالْحَرَّةِ فَعَقَلَهُ ثُمَّ ذَكَرَهُ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يُعَرِّفَهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ...[3]

قال الباجي: « قوله: «فذكره لعمر بن الخطاب رضي الله عنه» يحتمل وجهين أحدهما أنه استفتاه فيما يلزمه فيه، وهذا جائز، والإمام في ذلك إذا كان من أهل العلم كسائر العلماء إن كانت مسألة اتفاق، وإن كانت مسألة اختلاف فالحكم جار على رأيه»[4].

١- الموطأ، كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته.

٢- المنتقى: ٨٥/٥.

٣- الموطأ، كتاب الأقضية، القضاء في الضوال.

٤- المنتقى: ٦٨/٨.

ب- متابعة الرعية للإمام وإن ترك الأفضل:

فقد روى مالك عَنْ ابْن شهَاب عَنْ سَالم بْن عَبْد اللَّهَّ عَنْ أَبيه أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّاب كَانَ إذَا قَدمَ مَكَّةَ صَلَّى بِهِمْ رَكْعَتَيْنِ ثُمَّ يَقُولُ: يَا أَهْلَ مَكَّةَ أَتمُّوا صَلَاتَكُمْ فَإِنَّا قَوْمٌ سَفْرٌ!»[1].

قال الباجي: « قوله: «إذا قدم مكة صلى بهم ركعتين» يريد أن عمر كان لا يستوطن مكة، وإن أقام بها اليوم واليومين والثلاثة، لأن المهاجر ممنوع من استيطانها لأنها قد هجرها لله تعالى، فكان حكمه فيها حكم المسافر؛ وكان أمير المؤمنين والمستحق للصلاة، فكان يأتي منها بما شرع في حقه، وكان يلزم الجميع اتباعه فيها لما في ذلك من طاعته وموافقته، واجتماع الكلمة عليه وترك الخلاف له»[2].

مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي وراء الإمام بمنى أربعا فإذا صلى لنفسه صلى ركعتين[3].

قال الباجي: « وهذا على نحو ما ذكرناه كما يجب من متابعة الإمام وترك إظهار الخلاف له، وإن اعتقد معتقد أن الإمام قد ترك الأفضل، فإنه يجب عليه ترك الخلاف له»[4].

ج- منع الإمام من الأمور العامة المباحة للمصلحة:

فعن مالك عَنْ أَبي الطُّفَيْل عَامر بْن وَاثلَةَ أَنَّ مُعَاذَ بْنَ جَبَل أَخْبَرَهُ أَنَّهُمْ خَرَجُوا مَعَ رَسُول اللَّهَّ ﷺ عَامَ تَبُوكَ، ثُمَّ قَالَ: إنَّكُمْ سَتَأْتُونَ غَدًا إنْ شَاءَ اللَّهَّ عَيْنَ تَبُوكَ، وَإِنَّكُمْ لَنْ تَأْتُوهَا حَتَّى يَضْحَى النَّهَارُ، فَمَنْ جَاءَهَا فَلَا يَمَسَّ مِنْ مَائِهَا شَيْئًا حَتَّى آتِيَ...»[5].

١- الموطأ، كتاب النداء للصلاة، باب صلاة المسافر إذا كان إماما أو كان وراء إمام.

٢- المنتقى: ٢/٢٦١.

٣- الموطأ، كتاب النداء للصلاة، باب صلاة المسافر إذا كان إماما أو كان وراء إمام.

٤- المنتقى: ٢/ ٢٦٠ ٢٦١.

٥- الموطأ، كتاب النداء للصلاة، باب الجمع بين الصلاتين في الحضر والسفر.

قال الباجي: قوله ﷺ: «فمن جاءها فلا يمس منها شيئا حتى يأتي» هذا مبين أن للإمام أن يمنع من الأمور العامة كالمياه والكلأ وغير ذلك من المنافع التي يشترك فيها المسلمون لما يراه من المصلحة...»[1].

٥. تصرف الرعية بين عدل الإمام وجوره:

العدل أساس الملك وبقاء الأمم وازدهارها، والظلم السبب الرئيس لهلاكها. قال تعالى: ﴿ وَتِلْكَ ٱلْقُرَىٰٓ أَهْلَكْنَٰهُمْ لَمَّا ظَلَمُوا۟ وَجَعَلْنَا لِمَهْلِكِهِم مَّوْعِدًا ﴾(الكهف:٥٩). ولا يتوقف الحكم بالعدل والوقوف في وجه الظلم على مستوى محدد أو عند مستوى معين. بل إنه ينطلق من الأسرة ويرتقي إلى أعلى هرم في الدولة.

أ- في حالة العدل:

في هذه الحالة تجتمع للرعية مصلحتان عظيمتان هما مصلحة طاعة الإمام وموافقته ظاهرا وباطنا، ومصلحة إيصال الحقوق إلى مستحقيها. ومن ذلك دفع الزكوات إلى الإمام، فيجمعون بين المصلحتين بدفع الزكاة إلى الإمام أو من ينوب عنه ليتولى هو بنفسه توزيعها على الفقراء والمحتاجين.

ويتردد حكم دفع الزكاة إلى الإمام بين الوجوب إذا كانت الأموال ظاهرة مثل الزروع والمواشي والثمار، وبين الاستحباب إذا كانت الأموال يغاب عنها مثل الذهب والفضة. قال الباجي: « فإن الإمام إذا كان عدلا فيستحب لمن وجبت عليه الزكاة أن يدفعها إليه إن كانت من الأموال التي يغاب عليها، وهو العين: الذهب والفضة؛ لأن الإمام يكفيه الاجتهاد في أدائها، ولأن الإمام هو المسؤول والمطلوب بنوائب المسلمين، فيدفع إليه الزكاة ليستعين بها على من يجب له أخذ الزكاة، فإن أخرجها ولم يدفعها إلى الإمام أجزأه ذلك، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

١- المنتقى: ٢/ ٢٣٨ ٢٣٩.

ووجه ذلك أن هذه أموال باطنة موكلة إلى أمانات أربابها، وكذلك كان أبو بكر رضي الله عنه يسأل كل إنسان عما عنده ويكل ذلك إلى أمانته، وهذا عمل الأئمة المتصل. ويجوز للرجل أن يستنيب في أداء زكاته غيره؛ لأن العبادات المتعلقة بالأموال تجوز النيابة فيها، ولذلك يجوز أن ينوب فيها الإمام.

وأما الأموال الظاهرة، وهي الماشية والثمار والزرع فإن كان الإمام عدلا وجب دفعها إليه ولم يجزه إخراجها دونه وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وله قول آخر أن ذلك يجزئه.

ونقل الباجي عن مالك قوله: «وإذا كان الإمام عدلا فإرسالها إليه أحب إلي ؛ وذلك أن أهل الحاجة والفاقة إنما يقصدون الإمام ويطلبون منه لكونه بيت المال بيديه فإذا كان من أهل العدل فدفع هذه الحقوق إليه أولى ليضعها في نوائب المسلمين وما يعتريه من ضروراتهم ومواضع حاجتهم»[1].

وفي زكاة الركاز نقل مالك عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ وَعَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: فِي الرِّكَازِ الْخُمُسُ[2].

قال الباجي: «وقوله ﷺ: «فيه الخمس» يقتضي إثبات الخمس فيه، وليس فيه نص على من له ذلك الخمس إلا أنه يستدل عليه بالإجماع على وجوب دفعه إلى الإمام العدل»[3].

ب- في حالة الجور:

أما في هذه الحالة، فقد تجتمع عند الرعية المصلحتان معا، مصلحة عدم إظهار الخلاف والشقاق على السلطان ومصلحة إيصال الأموال إلى مستحقيها، وقد تتعارضان.

١- المنتقى: ٣/٣٠٩.

٢- الموطأ، كتاب الزكاة، باب زكاة الركاز.

٣- المنتقى: ٣/١٤٩.

قال الباجي: « فإن لم يمكنه إخفاؤها (يعني الأموال الزكوية) وأداها إليه فإنها تجزئه سواء وضعها الإمام موضعها أو غير موضعها؛ لأنه لا يجوز له مجاهرة الإمام بالمخالفة؛ لأنه من باب شق العصا والخروج عليهم وذلك ممنوع فإذا وجب عليه دفعها إليه وجب أن يجزئه»[1].

ويشهد له ما رواه عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: إنها ستكون بعدي أثرة وأمور تنكرونها! قالوا: يا رسول الله! كيف تأمر من أدرك منا ذلك؟ قال: تؤدون الحق الذي عليكم وتسألون الله الذي لكم[2].

ومن ذلك أيضا رفع الضوال إلى الوالي، فقد قال مالك: « من وجد بعيرا فليأت به الإمام فيبيعه ويجعل ثمنه في بيت المال ... ليكون أمكن لربه إذا أتى، وقال أشهب: إن كان الإمام عدلا رفعها إليه، وإن كان غير عدل فليخلها حيث وجدها»[3].

ومن ذلك الوصايا، فمن مات ولا وارث له فقد روى محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم: يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالي يجريه في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه، وكذلك من أعتق نصرانيا فمات النصراني ولا وارث له فليتصدق بماله ولا يجعل في بيت المال ووجه ذلك أن الوالي ليس له أن يستبد به ولا يصرفه في غير وجوه البر فإذا كان ممن لا يصرفه في وجوه البر ساغ لمن كان بيده أن يصرفه في وجوه البر»[4].

ت- تنفيذ رجال الشرطة للحدود في حال عدل الإمام وجوره:

فبمقتضى تحمل المسؤولية في تحقيق العدل والوقوف ضد الجور يجب أن تكون السلطة التنفيذية على اطلاع واسع بسلوك السلطة القضائية؛ فإن

١- المنتقى: ٣/١٢٨، ١٢٩.

٢- متفق عليه، واللفظ لمسلم.

٣- المنتقى: ٨/٦٨.

٤- المنتقى: ٨/٩٧.

كانت تتحرى العدل، كانت لها الطاعة التامة في كل ما تصدر من أحكام، وإن كانت جائرة امتنعت السلطة التنفيذية عن تنفيذ الأحكام القضائية مما علمت أن فيه جورا واقتصرت على تنفيذ ما علمت أنه قضاء عدل.

ومن ذلك ما روى مالك أن عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة المخزومي قال: أمرني عمر بن الخطاب في فتية من قريش فجلدنا ولائد من ولائد الإمارة خمسين في الزنا[1].

قال الباجي: « يحتمل أن يكون عبد الله بن عياش قد شاهد إقرار الولائد بالزنا أو قيام البينة عليهن بذلك، ويحتمل أن يكون عمر رضي الله عنه أمرهم بذلك دون أن يعرفوا وجه الحد عليهن. وفي المدنية سألته فيمن أمره إمام بقتل رجل في حد أو بجلده فقال: إن كان الإمام عدلا مأمونا لا يخاف عليه جور ولا جهل فليفعل ما أمره به، وإن كان يخاف عليه جهلا أو جورا فلا يمتثل أمره إلا أن يعرف أن الذي أمره به الإمام قد وجب عليه فليمتثل أمره»[2].

ومعنى هذا أن الفقه الإسلامي كما تجلى عند الإمام مالك رضي الله عنه لا يسمح للفصل بين السلط أن يتخذ مطية للسكوت عن الجور أو أن يقول الواحد: «إني لا أملك من أمري شيئا فأنا عبد مأمور» فلا يسمح لحقوق العباد أن تضيع بين توزيع السلط.

١- الموطأ، كتاب الحدود، باب جامع ما جاء في حد الزنا.

٢- المنتقى: ١٥٨/٩، ١٥٩.

المبحث الثاني
اعتبار المآل

١. علاقة اعتبار المآل بالنظر المصلحي:

لا يكون الفعل مصلحة كاملة حتى يجتمع فيه، من بين وجوه النفع، منافعه العاجلة والآجلة. فكم من الأفعال يغتر الإنسان بنتائجها المبكرة، ثم لا يلبث يعض الأنامل من الندم على ما فاته من عواقبها. وكم من الأفعال يعنت الإنسان بمقدماتها، إلا أنه يصبر عليها، لأنه ينظر إلى ما سيعقبها من نتائج مرضية. ولهذا كان الإسلام خير ما يدين به المرء، وكان الوحي خير ما يهتدي بتعاليمه، لأنه جمع بين مصالح الدنيا والآخرة.

كما أن أقبح مفسدة يجترحها المرء على نفسه أن يعرض عن دين الله تعالى، لما تضمنته هذه المفسدة من خسارة الدنيا وخسارة الآخرة. قال تعالى: ﴿ وَمَنْ أَعْرَضَ عَن ذِكْرِي فَإِنَّ لَهُۥ مَعِيشَةً ضَنكًا وَنَحْشُرُهُۥ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ أَعْمَىٰ ﴾ (طه:١٢٤). قال السعدي في تفسير الآية: « ومن تولىَّ عن ذكري الذي أذكِّره به فإن له في الحياة الأولى معيشة ضيِّقة شاقة – وإن ظهر أنه من أهل الفضل واليسار– ويُضيَّق قبره عليه ويعذَّب فيه، ونحشره يوم القيامة أعمى عن الرؤية وعن الحجة».

وعلى هذا السنن التشريعي ينظر المجتهد إلى عواقب الأفعال ونتائجها ومصيرها قبل تنزيل الحكم عليها، وهو ما يسمى اعتبار المآل. يقول الدكتور زيد بوشعراء: «المجتهد في عمله هذا مقتد بالشارع؛ فالشارع قد راعى المآل في تشريعه، والمجتهد ينبغي أن يراعيه في تطبيقه. و لا يجوز أن يكون المآل معتبرا في التشريع دون التطبيق. وذلك لأن قصد الشارع من ترتيب مصلحة ما على حكم ما هو تحققها في الواقع على النحو الذي قصده. وليس مطلوبا منا مجرد الامتثال للحكم بغض النظر عن حكمته، ولا مجرد الاعتقاد باشتماله عليها، بل المطلوب الحرص عليها والنظر في الامتثال هل

يؤول إليها. قال الشاطبي: «فإن المجتهد نائب عن الشارع في الحكم على أفعال المكلفين، وقد تقدم أن الشارع قاصد للمسببات في الأسباب، وإذا ثبت ذلك لم يكن للمجتهد بد من اعتبار المسبب وهو مآل السبب»[1]»[2].

٢. تعريف المآل لغة واصطلاحا:

يلخص الدكتور فريد الأنصاري رحمه الله ما جاء عن المآل في اللغة فيقول:

«المآل في اللغة هو المرجع والعاقبة والمصير، سواء كان ذلك إلى ما ابتدأ به الأمر أو إلى ما انتهى إليه»[3]، ونفس النتيجة ينتهي إليها الدكتور زيد بوشعراء فيقول: «ومآل الشيء: عاقبته التي ينتهي إليها ومصيره الذي يفضي إليه ومسببه المتوقع ونتيجته المرتقبة»[4].

أما في الاصطلاح فهو، كما استخلص ذلك الدكتور فريد الأنصاري،«أصل كلي يقتضي اعتباره تنزيل الحكم على الفعل بما يناسب عاقبته المتوقعة استقبالا»[5].

٣. وجه دلالة اعتبار المآل على التطبيق المصلحي للأحكام:

استمر الدكتور فريد الأنصاري في شرح حيثيات التعريف الاصطلاحي للمآل فقال: «وكون اعتباره يقتضي الحكم على الفعل بما يناسب عاقبته المتوقعة استقبالا: أي أن المجتهد يكيف الفتوى بمقتضاه على وفق ما قد يصير إليه غالبا حال الفعل بعد وقوعه. فهو ضرب من الاستبصار الرامي إلى تصور مستقبل الفعل الذي يغلب على الظن أنه سيصير إليه بناء على

١- الموافقات: ١٤١/٤.

٢- عوامل تغير الأحكام في التشريع الإسلامي(تغير المآل وتغير القصد)، ص:٥.

٣- المصطلح الأصولي عند الشاطبي: ٤١٥ ٤١٦.

٤- عوامل تغير الأحكام في التشريع الإسلامي، ص:٢.

٥- المصطلح الأصولي عند الشاطبي: ٤١٦.

اعتبار حال الزمان وأهله»[1].

والـذي يهم المجتهد من مستقبل الفعل هو المصلحة أو المفسدة التي سيكون عليها، وهي التي ستكون مناط الحكم الذي سيصدره بحق الفعل، وفي هذا المقام يقول الدكتور الأنصاري: «إذا المآل...ليس شيئا سوى المصالح والمفاسد المتوقعة استقبالا بعد إيقاع الفعل»[2]. ومن قبل قال الإمام الشاطبي رحمه الله: « النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة. وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل؛ فقد يكون مشروعا لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه؛ وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك. فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم مشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية. وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق محمود الغب جار على مقاصد الشريعة»[3].

ولا يراعى في اعتبار المآل انقلاب المصلحة مفسدة أو العكس، بل يمكن أن تبقى المصلحة مصلحة والمفسدة مفسدة كذلك، ولكن الذي يراعى هو النظر في المقدار الذي تأخذه كل منهما في مستقبل الأيام.وهذا الوجه من اعتبار المآل يسميه الدكتور أحمد الريسوني الامتداد الزمني للمصالح، ويعتبره أحد المعايير التي يتم الاستناد إليها في التقدير للمصالح والتغليب

١- نفسه.

٢- نفسه: ٤٢٩.

٣- الموافقات: ٤/ ١٤٠ ١٤١.

بينها عند تفاوتها وتعارضها فيقول: « المصلحة أو المفسدة قد يكون لها قدر معين في وقت حصولها، وفي زمنها القريب، وقد يكون لها بعد ذلك شأن آخر ووزن آخر. وأعني بصفة خاصة أنها قد تتزايد، وتتوالد، فتأخذ حجما كبيرا بمرور الوقت. فمثل هذه المصلحة لا ينبغي النظر إليها وإلى مقدارها عند أول أمرها فقط. بل ينظر إليها في آثارها المستقبلية المتوقعة. ومن خلال ذلك يتم الحكم عليها، ووضعها موضعها، سواء تعلق الأمر بحالة تعارضها مع غيرها، أو بحالة تقديرها، لتقرير الإقدام أو الإحجام، أو لاتخاذ ما يلزم بشأنها.

والذي يعنينا الآن هو حالة التعارض. فعلى هذا: إذا تعارضت مصلحتان، إحداهما لها وجود زمني محدود، والأخرى لها امتداد طويل وأثر بعيد، قدمت الثانية، ولو كانت الأولى أكبر منها في أول الأمر. بل يتحتم عند الموازنة البحث والنظر في الامتداد الزمني لكل منهما، وتقدير مداه وحجمه ونوعه. ولا يكون التغليب بين المصالح والمفاسد إلا بهذا...

وكما تعظم المصلحة بما يتولد عنها من آثار ومصالح، فكذلك السيئة. فقد تكون إحداهما في أول الأمر عملا قليلا، ولكنه ينمو ويعظم شأنه بقدر ما يترتب عنه طال الزمان أو قصر»[١].

يتضح إذن أن المآلات هي الكفيلة بتحقيق قصد الشارع على الحقيقة[٢]، غير أن هذا التحقيق لا يتم بصورة مباشرة، وإنما عبر قواعد هي فروع له، وهي كلها تتضمن مفهوما مآليا؛ وهذه القواعد ضمن هذا البحث هي: قاعدة سد الذرائع، وقاعدة الاستحسان. وقد وضعتها على هذا الترتيب قصدا، بدءا بالأهم والأكبر من حيث حجم الوظيفة الاجتهادية. فسد الذرائع يعتبر أهم فروع اعتبار المآل على الإطلاق، وذلك أن المآل يدور بين

١- نظرية التقريب والتغليب، ص:٣٦٩.

٢- المصطلح الأصولي عند الشاطبي: ٤٢٧.

سد وفتح للذرائع؛ فالسد تقوم عليه قاعدة سد الذرائع، والفتح تتكفل به الحيل والاستحسان واعتبار المصالح. والسد يرجع إلى أصل الاحتياط، فهو محافظة على التشريع الابتدائي الذي هو أصول العزائم، بينما الفتح يرجع إلى الرخص أساسا كما في الاستحسان، والرخص أصول تبعية غير أصلية في الدين[1].

١- نفسه: ٤٤٨، ٤٤٩.

القاعدة الأولى: من اعتبار المآل
سد الذرائع

١. علاقة سد الذرائع بالتطبيق المصلحي:

تتضح علاقة سد الذرائع بالتطبيق المصلحي للأحكام من خلال الوقوف على التعريف العام لهذا المركب اللفظي؛ فسد الذرائع كما قال الإمام القرافي: «معناه حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور»[١]. ومعنى هذا أن سد الذرائع لا يشمل الأفعال التي تكون مفسدة في ذاتها، فهذه ممنوعة أصلا، وإنما يشمل الأفعال التي تكون في الأصل سالمة عن المفاسد، أي أنها أفعال جائزة؛ فيتخذها المكلف، في صورة من الصور، وسيلة لمفسدة سواء كان ذلك بقصد منه أو بغير قصد.

ومعناه أيضا أن أصل سد الذرائع قد جاء لحماية قصد الشارع « بحسم سبل التذرع بما هو جائز إذا كان يفضي إلى ما يناقض مقصود الشارع»[٢].

وفي ظل ما تقرر من قبل من اختلاط المصالح بالمفاسد، فإن الضابط الذي يحكم الذرائع ويفصل بين ما يلزم سدها وما لا يلزم، هو الموازنة بين المصلحة الأصلية للفعل المتذرع به وبين مفسدته المآلية. فإذا كانت الغلبة لمفسدة المآل لزم القول بسد الذريعة التي ستؤدي إلى ذلك؛ وإذا كانت الغلبة لمصلحة الأصل لزم القول بعدم السد. وقد أوضح الإمام الطاهر بن عاشور هذا الضابط، وذلك بعد أن ساق تقسيمات الإمام القرافي للذرائع بحسب الاتفاق أو الاختلاف على سدها من عدمه.

أما تقسيم القرافي فهو أن: « الذرائع ثلاثة أقسام؛ قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه، كحفر الآبار في طرق المسلمين فإنه وسيلة إلى إهلاكهم،

١- الفروق، الفرق الثامن والخمسون بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل:٢/٥٩.

٢- منهج الدرس الدلالي عند الإمام الشاطبي، عبد الحميد العلمي، ص: ١٥٢.

وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها. وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه، وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر فإنه لم يقل به أحد وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنى. وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا؟ كبيوع الآجال عندنا، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر؛ فمالك يقول: إنه أخرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلا بإظهار صورة البيع لذلك»[1].

قال الطاهر بن عاشر معلقا: «ولم يبحث عن وجوه الاعتداد ببعض هذه الذرائع دون بعض. وما هو عندي إلا التوازن بين ما في الفعل الذي هو ذريعة من المصلحة وما في مآله من المفسدة فترجع إلى قاعدة تعارض المصالح والمفاسد...فما وقع منعه من الذرائع قد عظم فيه فساد مآله على صلاح أصله، مثل حفر الآبار في الطرقات، وما لم يقع منعه قد غلب صلاح أصله على فساد مآله كزراعة العنب. على أن في احتياج الأمة إلى تلك الذريعة، بقطع النظر عن مآلها وفي إمكان حصول مآلها بوسيلة أخرى وعدم إمكانه، أثرا قويا في سد بعض الذرائع وعدم سد بعضها. و لا يظن أن المراد باحتياج الأمة إلى الذريعة اضطرارها إلى وجودها، بل المراد به أنه لو أبطل ذلك الفعل الذي هو ذريعة لحق جمهورا من الناس حرج، فإن العنب تستطيع الأمة أن تستغني عنه، إلا أن في تكليفها ذلك حرمانا لا يناسب سماحة الشريعة فكانت إباحة زراعة العنب بهذا الاعتبار أرجح مما تؤول إليه من اعتصار نتائجها خمرا. بخلاف التجاور في البيوت فإنه لو منع لكان منعه حرجا عظيما يقرب مما لا يطاق، فهو حاجي قوي للأمة. على أن ما يؤول إليه من الزنا مآل بعيد وإن كانت مفسدته أشد من تناول الخمر»[2].

١- الفروق، الفرق الثامن والخمسون بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل:٢/ ٥٩ ٦٠.

٢- مقاصد الشريعة الإسلامية: ١١٥ ١١٦.

٢. تعريف الذريعة لغة واصطلاحا:

أ- **الذريعة لغة**: الوسيلة والسبب إلى الشيء، يقال: تذرع بذريعة أي توسل بها، ومادة الكلمة ذرع تدل على امتدا وتحرك إلى قدم. وأصل استعمال الذريعة في اللغة جمل يسيب مع الوحش حتى تألفه، ثم يأتي الصائد ويمشي إلى جنبه متسترا به كي يتمكن من رمي الصيد، فسمي ذلك الجمل ذريعة أو دريئة. ثم جعلت الذريعة مثلا لكل شيء قريب من الشيء... ولذلك كانت الذريعة في اللغة ما قَرَّبَ إلى الشيء وسَهَّل الطريق إليه، من وسائل ووساطات.

ويكون سد الذرائع في اللغة يعني إغلاق السبل وقطع الأسباب المستعملة للوصول إلى الشيء بنوع من التقريب أو الاحتيال والمخاتلة»[١].

ب- **الذرائع اصطلاحا**: يتم تعريفها تعريفا عاما وآخر خاصا بالعقود. أما التعريف العام فمثل قول الباجي: « المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور، وذلك نحو أن يبيع السلعة بمائة دينار إلى أجل ويشتريه بخمسين نقدا. فهذا قد توصل إلى سلف خمسين في مائة بذكر السلعة»[٢]. وقريب منه تعريف ابن العربي حيث يقول: «كل عمل ظاهر الجواز ويتوصل به إلى محظور»[٣] وقوله أيضا: «هي المباحات التي يتوصل بها إلى المحرمات»[٤].

أما التعريف الخاص المتعلق بالعقود فمثل تعريف الباجي: «ما يتوصل به إلى محظور العقود من إبرام عقد أو حله»[٥]. وقول ابن العربي: «هو كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محظور»[٦].

١- المصطلح الأصولي عند الشاطبي: ٤٣٨ ٤٣٩.

٢- إحكام الفصول في أحكام الأصول: ٦٨٩ ٦٩٠.

٣- أحكام القرآن: ٢/٣٣١.

٤- نفسه: ٢/٢٧٠.

٥- إحكام الفصول في أحكام الأصول: ١٧٤.

٦- أحكام القرآن: ٢/ ٢٦٥

ومثاله ما أفتى به «مالك في الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار إلى أجل، ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذي باعها به إلى أبعد من ذلك الأجل الذي باعها إليه، إن ذلك لا يصلح. وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية إلى أجل، ثم يبتاعها إلى أجل أبعد منه، يبيعها بثلاثين دينارا إلى شهر ثم يبتاعها بستين دينارا إلى سنة أو إلى نصف سنة. فصار إن رجعت إليه سلعته بعينها وأعطاه صاحبه ثلاثين دينارا إلى شهر بستين دينارا إلى سنة أو إلى نصف سنة فهذا لا ينبغي»[1].

٣. التأصيل الشرعي لسد الذرائع:

تعددت أوجه استدلال العلماء على أصل سد الذرائع، واستمدت حجيته من القرآن الكريم وأحاديث النبي ﷺ وفعل الصحابة رضي الله عنهم وقواعد الشريعة. قال ابن عاشور: « فمقصد سد الذرائع مقصد عظيم استفيد من استقراء تصرفات الشريعة في تشاريع أحكامها وفي سياسة تصرفاته مع الأمم وفي تنفيذ مقاصدها »[2].

فمن أدلة القرآن الكريم نجد:

- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرۡنَا وَٱسۡمَعُواْۗ وَلِلۡكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٞ ﴾ (البقرة:١٠٤). قال الباجي: « وجه الدليل من الآية أنه تعالى نهى المؤمنين عن أن يقولوا للنبي ﷺ راعنا، لأن أهل الكفر كانوا إذا خاطبوا النبي ﷺ بهذا اللفظ أرادوا به سَبَّهُ، فمنع المؤمنين أن يخاطبوه بهذا اللفظ، وإن كان لا يصح أن يريد به مؤمن شيئا من ذلك. وهذا معنى الذريعة، وهو العقد الذي يريد الفاجر أن يتوصل به إلى الربا فيمنع من ذلك الصالح، وإن كان لا يريد به ذلك»[3].

١- الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العربان.

٢- مقاصد الشريعة الإسلامية:١٤٤.

٣- إحكام الفصول في أحكام الأصول:ص ٦٩٠.

قوله تعالى: ﴿ وَسْـَٔلْهُمْ عَنِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلَّتِى كَانَتْ حَاضِرَةَ ٱلْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِى ٱلسَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ ۙ لَا تَأْتِيهِمْ ۚ كَذَٰلِكَ نَبْلُوهُم بِمَا كَانُوا۟ يَفْسُقُونَ ﴾ (الأعراف:١٦٣) قال الباجي: «وجه الدليل من ذلك ما ذكره أهل التفسير من أن أهل أيلة كان يحرم عليهم الاصطياد في يوم السبت، وأبيح لهم في سائر الأيام. فكانت الحيتان ترد في يوم السبت ولا تمتنع من متناول، وتدخل المواضع المحظرة عليها، ولا تظهر إليهم في سائر الأيام؛ فقام رجل منهم فحظر عليها في يوم السبت بحظيرة منعها من الرجوع، فلما كان يوم الأحد اصطادها وجعل يشويها. فعرف به أهل القرية فسألوه: من أين لك هذا؟ فأخبرهم بما صنع وقال: إنما حرم الاصطياد في يوم السبت، وأنا لا أصطاد يوم السبت، ولكني أحظر عليها وأتصيدها في يوم الأحد. فقبل منه قوم وعملوا بمثل عمله. فمسخهم الله قردة وخنازير. وهذا هو معنى الذرائع التي نمنعها، والله أعلم وأحكم»[1].

وقال ابن العربي: «هذه الآية(يعني آية الأعراف:١٦٣) من أمهات الشريعة؛ قال علماؤنا: هذه الآية أصل من أصول إثبات الذرائع التي انفرد بها مالك، وتابعه عليها أحمد في بعض رواياته، وخفيت على الشافعي وأبي حنيفة مع تبحرهما في الشريعة؛ وهو كل عمل ظاهر الجواز يتوصل به إلى محظور، كما فعل اليهود حين حرم عليهم صيد السبت، فسكروا الأنهار، وربطوا الحيتان فيه إلى يوم الأحد.

فإن قيل: هذا الذي فعلت اليهود لم يكن توسلا إلى الصيد؛ بل كان نفس الصيد.

قلنا: إنما حقيقة الصيد إخراج الحوت من الماء وتحصيله عند الصائد، فأما التحيل عليه إلى حين الصيد فهو سبب الصيد، لا نفس الصيد، وسبب

١- نفسه: ٦٩٠ ٦٩١.

الشيء غير الشيء؛ إنما هو الذي يتوصل به إليه، ويتوسل به في تحصيله، وهذا هو الذي فعله أصحاب السبت»[1].

- قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٍۗ كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمۡ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِم مَّرۡجِعُهُمۡ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُوا۟ يَعۡمَلُونَ ﴾ (الأنعام:١٠٩). قال ابن العربي: «اتفق العلماء على أن معنى الآية: لا تسبوا آلهة الكفار فيسبوا إلهكم. وكذلك هو؛ فإن السب في غير الحجة فعل الأدنياء. وقال النبي ﷺ:«لعن الله الرجل يسب أبويه. قيل: يا رسول الله! وكيف يسب أبويه؟ قال: يسب أبا الرجل فيسب أباه، ويسب أمه فيسب أمه»[2]؛ فمنع الله تعالى في كتابه أحدا أن يفعل فعلا جائزا يؤدي إلى محظور؛ ولأجل هذا تعلق علماؤنا بهذه الآية في سد الذرائع، وهو كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محظور»[3].

قوله تعالى: ﴿وَذَرُوا۟ ظَٰهِرَ ٱلۡإِثۡمِ وَبَاطِنَهُۥٓ ﴾ (الانعام:١٢٠) قال ابن العربي:« المعنى: قد فصل لكم المحرم فذروه، وهو الإثم ظاهرا وباطنا؛ وفي ذلك للعلماء ستة أقوال: ويحتمل وجها سادسا، وهو أن يكون ظاهر الإثم واضح المحرمات؛ وباطنه الشبهات، ومنها الذرائع؛ وهي المباحات التي يتوصل بها إلى المحرمات»[4].

ومن الاستدلال على سد الذرائع من السنة النبوية نجد أحاديث كثيرة نكتفي ببعضها:

- قول النبي ﷺ: «لعن الله اليهود! حرمت عليهم الشحوم فجملوها

١- أحكام القرآن: ٢/٣٣١.

٢- صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب لا يسب الرجل والديه.

٣- أحكام القرآن:٢/٢٦٥.

٤- أحكام القرآن: ٢/٢٧٠.

فباعوها وأكلوا أثمانها»[١].

قال الباجي: «فوجه الدليل أن التحريم علق على الأكل، وكان معناه الانتفاع. فلما باعوها وأكلوا أثمانها كان ذلك بمنزلة أكلها. وكذلك من باع عشرة دراهم بدينار ابتاعه من مبتاعه بعشرين درهما كمن باع عشرة دراهم بعشرين درهما»[٢].

- ما رواه الترمذي عن النبي ﷺ قال: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[٣]. قال الباجي: «وهذا نهي عن ترك ما يريب. وليس في الريبة أعظم مما ذكرناه. فإن قيل: فإن معنى هذا أن تدع ما يتهمك به الناس و يظنون بك السوء. والجواب أن هذا عدول عن الظاهر لأنه نهى المرتاب عن فعل ما يريبه هو، لا ما يريب الناس منه»[٤].

- عن النعمان بن بشير رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهة. فمن ترك ما شبه عليه من الإثم كان لما استبان أترك، ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أوشك أن يواقع ما استبان. والمعاصي حمى الله، من يرتع حول الحمى يوشك أن يواقعه»[٥]. قال الباجي: «قوله: «من ترك ما شبه عليه من الإثم» فهذا وإن كان لفظه لفظ الشرط و الإخبار فإن معناه الأمر، وذلك أنه لا خلاف بين المسلمين أنه يجب على الإنسان أن يفعل ما هو أبرأ لدينه»[٦].

١- متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه. وصحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.

٢- إحكام الفصول، ص: ٦٩١.

٣- وتمامه: فإن الصدق طمأنينة وإن الكذب ريبة. سنن الترمذي، كتاب صفة القيامة والرقائق والورع ح ٢٥٢٦ قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

٤- إحكام الفصول: ٦٩١.

٥- في الأصل: يوشك أن يواقعه. صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات.

٦- إحكام الفصول، ص: ٦٩٢.

ومن الاستدلال بالإجماع على سد الذرائع إجماع الصحابة على سد ذرائع الربا. قال الباجي: « ومما يدل على ذلك إجماع الصحابة، وذلك أن عمر قال: «أيها الناس! إن من آخر ما نزل آية الربا، وإن النبي ﷺ قُبِضَ ولم يفسر لنا الربا، فاتركوا الربا والريبة!» بمحضر أصحاب النبيﷺ ولم ينكر ذلك عليه أحد. وقالت عائشة: وسئل بعض الصحابة عمن أسلم فوجد بعض سلمه، فقالوا: خذ سلمك أو رأس مال سلمك أو رأس مالك»[1].

كما استندت الكثير من الأحكام الشرعية على أصل سد الذرائع. قال الباجي:« وأيضا فإن الشريعة مبنية على هذا. ولذلك ردت شهادة الأب لابنه والابن لأبيه، والعدو على عدوه وإن كانوا بررة أتقياء مما يلحقهم من التهمة والريبة. فما في مسألتك من الريبة والاتهام لفعل الربا أظهر و أبين مما ردت به شهادة الصالح الثقة لولده»[2].

٤. شواهد من السنة النبوية لسد الذرائع:

- **عدم قتل المنافقين:**

في قوله تعالى: ﴿ **وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَقُولُ ءَامَنَّا بِٱللَّهِ وَبِٱلْيَوْمِ ٱلْأَخِرِ وَمَا هُم بِمُؤْمِنِينَ** ﴾ (البقرة:٨) قال ابن العربي: «المراد بهذه الآية وما بعدها المنافقون الذين أظهروا الإيمان وأسروا الكفر، واعتقدوا أنهم يخدعون اللّه تعالى وهو منزه عن ذلك، فإنه لا يخفى عليه شيء.

والحكم المستفاد هاهنا أن النبي ﷺ لم يقتل المنافقين مع علمه بهم وقيام الشهادة عليهم أو على أكثرهم.

«... والصحيح : أن النبي ﷺ إنما أعرض عنهم تألفا ومخافة من سوء المقالة الموجبة للتنفير، كما سبق من قوله . وهذا كما كان يعطي الصدقة

١- إحكام الفصول: ٦٩٣.

٢- نفسه، ص: ٦٩٤.

للمؤلفة قلوبهم مع علمه بسوء اعتقادهم تألفا لهم، أجرى الله سبحانه أحكامه على الفائدة التي سنها إمضاء لقضاياه بالسنة التي لا تبديل لها»[1].

لقد اجتمع في عدم قتل المنافقين ثلاث مصالح عظيمة هي:

تأليف الكلمة بين المسلمين ودرء التفرقة بينهم، وهي مصلحة حالية محققة.

رجاء حسن إسلام المنافقين واستدراك ما فاتهم من الأجر بنفاقهم، وهي مصلحة متوقعة.

درء المفسدة المتوقعة من التحدث بأن رسول الله ﷺ يقتل أصحابه، وهي مصلحة حالية ومآلية.

فوازن النبي ﷺ بين هذه المصالح وبين مصلحة قتل المنافقين فرأى بحكمته أن تقدم المصالح الثلاث الأولى.

ويستطيع العلماء والدعاة أن يستلهموا من موقف النبي ﷺ هذا أن عليهم أن لا يستجيبوا لبعض التصرفات الاستفزازية التي تصدر عن مناوئيهم، فحسبهم من ذلك قوله تعالى: ﴿فَسَيَكْفِيكَهُمُ ٱللَّهُۚ وَهُوَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ﴾ (البقرة:١٣٧) ولأن العلماء والدعاة في حاجة ماسة إلى تأليف قلوب الناس عليهم وجمع الكلمة من حولهم، وهم في حاجة إلى توفير جهودهم في تعليم الناس وإرشادهم عوض صرفها في مواجهة الاستفزازات الموجهة ضدهم، ثم بعد ذلك صرف مجهود آخر في تبرير تصرفاتهم والرد على الشبهات المثارة حول أفعالهم.

- **الرفق في الإنكار والتعليم بحديثي العهد بالإسلام والتوبة:**

روى مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال: دخل أعرابي المسجد فكشف عن فرجه ليبول، فصاح الناس به حتى علا الصوت، فقال رسول الله ﷺ :

١- أحكام القرآن: ٢١/١.

اتركوه! فتركوه فبال، ثم أمر رسول اللّه ﷺ بذنوب من ماء فصب على ذلك المكان[1].

قال الباجي: « قوله «دخل أعرابي المسجد ليبول» روى أبو هريرة وعبد اللّه بن مغفل أنه دخل وصلى، فلما قضى الصلاة بال في المسجد، وذلك أنه لم يعهد المساجد ولا عرف ما يجب لها من الإكرام والتنزيه؛ وصاح الناس إنكارا لفعله ومبادرة إلى منعه، فقال لهم النبي ﷺ : «اتركوه» رفقا به ولطفا في تعليمه، وهذه سنة من الرفق في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لا سيما لمن قرب عهده بالإسلام ولم يعلم منه الاستهانة به؛ فيعلم أصول الشرائع ويعذر في غيرها حتى تمكن الإسلام من قلوبهم، لأنهم إن أخذوا بالتشديد في جميع الأحوال خيف عليهم أن تنفر قلوبهم عن الإيمان وتبغض الإسلام فيؤول ذلك إلى الارتداد والكفر الذي هو أشد مما أنكر عليهم»[2].

- **ترتيب درجات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:**

فقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «من رأى منكرا فلينكره بيده ومن لم يستطع فبلسانه ومن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان»[3]. قال ابن العربي: « وفي هذا الحديث من غريب الفقه أن النبي ﷺ بدأ في البيان بالأخير في الفعل، وهو تغيير المنكر باليد، وإنما يبدأ باللسان والبيان، فإن لم يكن فباليد. يعني أن يحول بين المنكر وبين متعاطيه بنزعه وبجذبه منه، فإن لم يقدر إلا بمقاتلة وسلاح فليتركه، وذلك إنما هو إلى السلطان؛ لأن شهر السلاح بين الناس قد يكون مخرجا إلى الفتنة، وآيلا إلى فساد أكثر من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، إلا أن يقوى المُنْكِرُ؛ مثل أن يرى عدوا يقتل عدوا فينزعه عنه ولا يستطيع ألا يدفعه، ويتحقق أنه لو تركه قتله، وهو

١- الموطأ، كتاب الطهارة، باب ما جاء في البول قائما، ح ١٣٨.

٢- المنتقى: ١/ ٤٦١ ٤٦٢.

٣- سنن الترمذي، كتاب الفتن، باب ما جاء في تغيير المنكر باليد أو باللسان أو بالقلب.

قادر على نزعه ولا يسلمه بحال، وليخرج السلاح»[1].

٥. **شروط سد الذرائع:**

وردت عن الإمامين الباجي وابن العربي شروط يشترطانها للعمل بسد الذرائع منها:

أ- أن يكون الفعل المتذرع إليه محظورا منصوصا عليه:

وقد نص عليه الإمام ابن العربي مؤيدا رأي مالك بجواز شراء الوصي من مال يتيمه. ففي تفسير قوله تعالى: ﴿ **وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ۚ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** ﴾ (البقرة:٢٢٠) قال: « فإن قيل: فإذا جعلتم للولي أن يتصرف في مال اليتيم تصرفه في مال ابنه بولاية الكفالة كما قدمتم بيانه إن كان بتقديم وال عليه، فهل ينكح نفسه من يتيمته أو يشتري من مال يتيمته ؟ قلنا:...أما الشراء منه، فقال مالك وأبو حنيفة: يشتري في مشهور الأقوال إذا كان نظرا له، وهو صحيح؛ لأنه من باب الإصلاح المنصوص عليه في الآية.

ب- أن تتردد الذريعة بين الصحة والفساد، بأن يحتمل الفعل وجوها من الصحة ووجها أو وجوها من الفساد المقتضي للمنع. فأما ما كان الفساد لازما له فإن ذلك ممنوع لنفسه.

ت- أن تكون التهمة قوية في الفعل المتذرع إليه، ويشعر بذلك تكرر القصد إليه والغرض فيه، فإن قَلَّ القصد إليه ضَعُفَت التهمة فيه فضعف وجه المنع.

وقد نص على هذين الشرطين الإمام الباجي فقال: «إن الذرائع يقوى منعها بتكرر القصد إليه والغرض فيه، فيعبر عنه أصحابنا بقوة التهمة فيه ويضعف وجه المنع بقلة قصده، وذلك فيما يحتمل وجوها من الصحة ووجها

١- أحكام القرآن: ١/٣٨٤.

أو وجوها من الفساد المقتضي للمنع فيحمل على المقصود من تلك الوجوه، وأما ما كان الفساد له لازما فإن ذلك ممنوع لنفسه»[1].

٦. نماذج تطبيقية لسد الذرائع:

أ- المنع من إقامة جماعتين في مسجد واحد:

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُواْ مَسۡجِدٗا ضِرَارٗا وَكُفۡرٗا وَتَفۡرِيقَۢا بَيۡنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَإِرۡصَادٗا لِّمَنۡ حَارَبَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ مِن قَبۡلُۚ وَلَيَحۡلِفُنَّ إِنۡ أَرَدۡنَآ إِلَّا ٱلۡحُسۡنَىٰۖ وَٱللَّهُ يَشۡهَدُ إِنَّهُمۡ لَكَٰذِبُونَ ﴾ (التوبة:١٠٧)، قال ابن العربي:« قوله: ﴿ وَتَفۡرِيقَۢا بَيۡنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ﴾: يعني أنهم كانوا جماعة واحدة في مسجد واحد، فأرادوا أن يفرقوا شملهم في الطاعة، وينفردوا عنهم للكفر والمعصية، وهذا يدلك على أن المقصد الأكثر والغرض الأظهر من وضع الجماعة تأليف القلوب، والكلمة على الطاعة، وعقد الذمام والحرمة بفعل الديانة، حتى يقع الأنس بالمخالطة؛ وتصفو القلوب من وضر الأحقاد والحسادة.

وقد سئل مالك عَنْ مُؤَذِّنٍ أَذَّنَ لِقَوْمٍ ثُمَّ انْتَظَرَ هَلْ يَأْتِيهِ أَحَدٌ فَلَمْ يَأْتِهِ أَحَدٌ فَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَصَلَّى وَحْدَهُ ثُمَّ جَاءَ النَّاسُ بَعْدَ أَنْ فَرَغَ أَيُعِيدُ الصَّلَاةَ مَعَهُمْ؟ قَالَ: لَا يُعِيدُ الصَّلَاةَ! وَمَنْ جَاءَ بَعْدَ انْصِرَافِهِ فَلْيُصَلِّ لِنَفْسِهِ وَحْدَهُ[2].

قال الباجي:«وهذا كما قال، وأصل هذا أن الإمام الراتب للمسجد له إقامة الصلاة فيه دون غيره، فإذا جمع فيه الصلاة ثم أتت طائفة أخرى لم يكن لها أن تجمع فيه، لأن الأئمة يجب الاجتماع إليهم والاتفاق على تقديمهم. فإذا ثبت ذلك لم يجز الاختلاف عليهم، ولو جاز الجمع في مسجد مرتين لكان ذلك داعية إلى الافتراق والاختلاف، ولكان أهل البدع يفارقون الجماعة بإمامهم ويتأخرون من جماعتهم ثم يقدمون منهم.

١- المنتقى: ٦/ ٤٠.

٢- موطأ مالك، كتاب النداء للصلاة، باب ما جاء في النداء للصلاة.

ولو جاز مثل هذا لفعلوا مثل ذلك بالإمام الذي تؤدى إليه الطاعة، فيؤدي ذلك إلى إظهار منابذة الأئمة ومخالفتهم ومفارقة الجماعة؛ فوجب عليهم سد هذا الباب.

ووجه آخر، أنه لو وسع في مثل هذا الأمر لأدى إلى أن لا تراعى أوقات الصلوات ولأخر من شاء وصلى بعد ذلك في جماعة؛ وقصر الناس على إمام واحد داع إلى مراعاة صلاته والمبادرة إلى إدراك الصلاة معه»[1].

ب- وجوب الصوم على من رأى هلال شوال وحده:

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مالكا يَقُولُ فِي الَّذِي يَرَى هِلَالَ رَمَضَانَ وَحْدَهُ: أَنَّهُ يَصُومُ، لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُفْطِرَ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّ ذَلِكَ الْيَوْمَ مِنْ رَمَضَانَ. قَالَ: وَمَنْ رَأَى هِلَالَ شَوَّالٍ وَحْدَهُ فَإِنَّهُ لَا يُفْطِرُ لِأَنَّ النَّاسَ يُتَّهَمُونَ عَلَى أَنْ يُفْطِرَ مِنْهُمْ مَنْ لَيْسَ مَأْمُونًا وَيَقُولُ أُولَئِكَ إِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِمْ: قَدْ رَأَيْنَا الْهِلَالَ[2].

قال الباجي:« قوله «ومن رأى هلال شوال وحده فإنه لا يفطر»وهذا مما لا يختلف فيه في المذهب إذا كان في المصر وبه قال أبو حنيفة، ووجه ما احتج به مالك رحمه الله من أن ذلك ذريعة لأهل الفسق والبدع إلى الفطر قبل الناس بيوم ويدعون رؤية الهلال إذا ظهر عليهم، وقال أشهب: يفطر بالنية ويمسك عن الأكل، وهذا هو الصحيح؛ لأن الإمساك عن الأكل يُخْرج عما خيف عليه»[3].

ج- قصر إخراج الزكاة من تركة الميت على الثلث:

فمن مات وفي ذمته زكاة فرط فيها، قال الباجي: « إن أوصى بها أخرجت من الثلث، وقال الشافعي: هي من رأس المال. والدليل على صحة ما نقوله أنه لو كان ما قالوه لأوشك أن يفرط في زكاة ماله في كل عام ولا يخرجها

١- المنتقى: ٢/١٦ ١٧.

٢- الموطأ، كتاب الصيام، باب ما جاء في رؤية الهلال للصوم والفطر في رمضان

٣- المنتقى: ٣/١٣.

ويحصي ذلك كله ويوصي به عند موته فربما استغرق ذلك جميع ماله وربما لم يف به ماله فيؤدي هذا إلى إبطال الزكاة والميراث»[1].

د- ترك قضاء دين الميت من بيت مال المسلمين:

فقد روى مَالك « عَنْ عَبْد اللّهَّ بْن أَبي قَتَادَةَ عَنْ أَبيه أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إلَى رَسُول اللّهَّ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللّهَّ! إنْ قُتلْتُ في سَبيل اللّهَّ صَابرًا، مُحْتَسبًا، مُقْبلًا غَيْرَ مُدْبر، أَيُكَفِّرُ اللّهَّ عَنِّي خَطَايَايَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللّهَّ ﷺ: نَعَمْ فَلَمَّا أَدْبَرَ الرَّجُلُ نَادَاهُ رَسُولُ اللّهَّ ﷺ أَوْ أَمَرَ به فَنُودِيَ لَهُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللّهَّ ﷺ: كَيْفَ قُلْتَ؟ فَأَعَادَ عَلَيْه قَوْلَهُ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: نَعَمْ، إلَّا الدَّيْنَ! كَذَلكَ قَالَ لي جبْريلُ»[2].

قال الباجي: « قوله ﷺ: «إلا الدين! كذلك قال لي جبريل» يريد إلا الدين، فإنه من الخطايا التي لا يكفرها القتل في سبيل الله. وقد قال بعض العلماء: إنما ذلك لأنها من حقوق الآدميين، وحقوق الآدميين لا تكفرها الحسنات. وهذا وجه محتمل، وقد كان في أول الإسلام يمتنع النبي ﷺ من الصلاة على من مات وعليه دين، لم يترك له قضاء.

وظاهر ذلك أنه لئلا يتسرع الناس في أكل أموال الناس بغير حاجة ولا رفق في إنفاق، ثم يموت من مات منهم على ذلك ولا يترك له قضاء فيذهب بأموال الناس بغير حاجة ولا رفق في إنفاق. ثم لما فتح الله عليه ﷺ قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو دينا أو ضياعا فعلي وإلي أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم»[3].

ويحتمل أن يكون النبي ﷺ قال لهذا السائل: «إلا الدين!» إذ كان يمتنع من الصلاة على من ترك دينا لا أداء له، فيكون على عمومه؛ ويحتمل أن يكون

١- المنتقى:٣/ ١٦٢.

٢- الموطأ، كتاب الجهاد، باب الشهداء في سبيل الله.

٣- صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب قول النبي ﷺ : من ترك كلا أو دينا أو ضياعا فإلي.

قاله بعد ذلك، ويكون معنى قوله: «إلا الدين» لمن أخذه يريد إتلاف أموال الناس ويأخذه من غير وجهه وينفقه في سرف أو معصية، فهذا حكمه باق في المنع. وما ثبت أن أحدا من الأئمة قضى دين من مات وعليه دين من بيت مال المسلمين بعد النبي ﷺ فيحتمل أن يكون هذا الحكم اختص بالنبي ﷺ بين ذلك قوله ﷺ أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم وهذا لا يكون لأحد بعده»[1].

هـ- فسخ النكاح إذا عري البناء عن الإشهاد:

والأصل فيه ما رواه مالك « عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أُتِيَ بِنِكَاحٍ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ إِلاَّ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فَقَالَ: هَذَا نِكَاحُ السِّرِّ وَلَا أُجِيزُهُ وَلَوْ كُنْتُ تَقَدَّمْتُ فِيهِ لَرَجَمْتُ»[2].

قال الباجي: « إذا عقد النكاح ولم يحضره شهود ثم أقرا وأشهدا عليه قبل البناء لم يفسخ النكاح؛ وإن بنى ولم يشهدا فقد روى محمد عن أشهب عن مالك: يفرق بينهما، ورواه ابن حبيب عن مالك. ووجه ذلك أن تعري عقد النكاح من الشهادة لا ذريعة فيه إلى الفساد، وتعري الوطء والبناء من الشهادة فيه الذريعة إلى الفساد، فمنع منه لذلك، ولو جاز لكل من وجد مع امرأة في خلوة أو أقر بجماعها أن يدعي النكاح لارتفع حد الزنا عن كل زان والتعزير في الخلوة فمنع من ذلك ليرتفع هذا المعنى. فمتى وقع البناء على الوجه الممنوع فسخ ما ادعي من النكاح»[3].

و- توريث المطلقة في مرض الموت:

فعن مَالك « أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ وَهُوَ مَرِيضٌ فَوَرَّثَهَا عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ مِنْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا»[4].

١- المنتقى: ٤/٤١٢.

٢- الموطأ، كتاب النكاح، جامع ما لا يجوز من النكاح.

٣- المنتقى: ٥/١٠١.

٤- الموطأ، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض.

قال الباجي: « من طلق امرأته في مرضه ورثته، وإن مات بعد انقضاء عدتها وبعد أن تزوجت غيره إذا اتصل مرضه إلى أن توفي خلافا للشافعي في قوله: إن المبتوتة في المرض لا ترث. والدليل على ما نقوله أن القاضي أبا محمد قال: إنه إجماع الصحابة، ولأن ذلك مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان وغيرهم ولا مخالف لهم في ذلك إلا ما يروى عن عبيد الله بن الزبير.

ومن جهة المعنى أنها فرقة في حال منع تصرفه فيها من غير الثلث فلم يقطع ميراث الزوجة كالموت ولأن للتهمة تأثيرا في الميراث بدليل منع القاتل الميراث»[1].

١- المنتقى: ٥/٣٤٨.

القاعدة الثانية: من اعتبار المآل

الاستحسان

١. تعريف الاستحسان:

أ- الاستحسان لغة:

«استفعال من الحسن، وهو عبارة عن كل مبهج مرغوب فيه، وذلك ثلاثة أضرب: مستحسن من جهة العقل، ومستحسن من جهة الهوى، ومستحسن من جهة الحس. والحسنة يعبر بها عن كل ما يسر من نعمة تنال الإنسان في نفسه وبدنه وأحواله. والاستحسان: هو عد الشيء حسنا، بمعنى وصفه بصفة الجمال واعتقاد ذلك فيه»[١].

ب- الاستحسان اصطلاحا:

يتلخص من تعريفات الأصوليين للاستحسان أنه جمع بين الأدلة المتعارضة بالتخصيص والتقييد، إذا كان الجمع ممكنا، أو الأخذ بالأقوى منها إذا تعذر الجمع، وكل ذلك لجلب مصلحة أو دفع مفسدة.

فالباجي يعرف الاستحسان بأنه «الأخذ بأقوى الدليلين، هذا قول ابن خويز منداد؛ والأظهر اختيار القول من غير دليل ولا تقليد»[٢].

وإذا كان اعتبار الاستحسان هو اختيار القول عن غير تقليد مفهوما، باعتبار أن من يستحسن يأتي بقول لم يسبق إليه؛ فإن اعتبار الاستحسان هو القول من غير دليل أمرا مُشْكِلاً لم أجد في كلام الباجي ما أرفع به هذا الإشكال.

ويمثل الباجي للاستحسان فيقول: «ذكر محمد بن خويز منداد من أصحابنا أن معنى الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك رحمه الله

١- المصطلح الأصولي عند الشاطبي: ٤٧٥.

٢- إحكام الفصول في أحكام الأصول: ١٧٤.

القول بأقوى الدليلين مثل تخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر للسنة الواردة في ذلك، إلا أن هذا يحتاج إلى بيان وكشف. وذلك أن القياس إنما اقتضى ترك البناء[1] لشهادة أصول يصح أن ترد إليها هذه الفروع؛ وتلك الفروع ثابتة بالشرع. والوارد في البناء من الرعاف قد أثبت أصلا آخر، فلا يخلو أن يحمل الفرع المتردد بين هذين الأصلين على أَوْلاَهُمَا به، فيخرج عن معنى التخصيص الذي ذكره، أو يحمله على أكثر الأصول بأن تكون الأصول التي ادعى القياس عليها كثيرة. فهذا إنما يكون القول بالاستحسان ضربا من الترجيح على قول من رأى الترجيح بكثرة الأصول. وهذا ليس ببعيد»[2].

وقال أيضا: «وما قاله أشهب أنه استحسان، وليس بقياس إنما يريد بالاستحسان التخصيص بعرف الاستعمال، والقياس عنده حمل اللفظ على عمومه، وإنما ذكرت ليعرف مقصده في الاستحسان والقياس»[3].

وقال ابن العربي: «الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين. وقد تتبعناه في مذهبنا وألفيناه أيضا منقسما أقساما. فمنه ترك الدليل للمصلحة، ومنه ترك الدليل للعرف، ومنه ترك الدليل لإجماع أهل المدينة، ومنه ترك الدليل للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق.

مثال الأول: رد الأيمان إلى العرف.

ومثال الثاني: تضمين الأجير المشترك، والدليل يقتضي أنه مؤتمن.

ومثال الثالث: إيجاب عموم القيمة على من قطع ذنب بغلة القاضي.

ومثال الرابع: إجازة التفاضل اليسير في المراطلة الكبيرة، وإجازة بيع وصرف في اليسير. فهذا أنموذج في نظائر الاستحسان، وكل مسألة منه

١- يعني ترك البناء في الصلاة، بإلغاء ما تقدم من الركعات قبل الرعاف واستئناف الصلاة من جديد.

٢- إحكام الفصول في أحكام الأصول:٦٨٧ ٦٨٨.

٣- المنتقى: ٨/١٣٣.

مبينة في موضعها، ذلك لتعلموا أن قول مالك وأصحابه: استحسن كذا، إنما معناه: أوثر ترك ما يقتضيه الدليل على طريق الاستثناء والترخص بمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته»[1].

ومثاله استحسان استئذان البكر في النكاح: وهو أمر غير لازم على الولي. ووجه استحسانه أن ترضى البكر من رضيه وليها من زوج فيكون ذلك أدعى أن يؤدم بينهما، وإذا ما كرهته فإن إجبارها عليه من شأنه أن يدخل عليها مضرة.

والأصل في عدم لزومه ما رواه مالك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ كَانَا يُنْكِحَانِ بَنَاتِهِمَا الْأَبْكَارَ وَلَا يَسْتَأْمِرَانِهِنَّ. قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي نِكَاحِ الْأَبْكَارِ»[2].

قال الباجي: فأورد مالك رحمه الله فعلهما وأخذ به واحتج على ذلك بقوله تعالى ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ ﴾ (القصص:٢٧) ولم يذكر الاستئمار.

وقد روى محمد بن يحيى عن مالك في المدنية: وأحسن ذلك أن يستأمر الأَبُ ابنتَهُ البكرَ، فإن زَوَّجَهَا من غير مؤامرة جَازَ... فوجه استحسان مالك استئمارها أنها ربما كرهت بعض من يرضاه أبوها فيدخل عليها مضرة والله أعلم»[3].

فالاستحسان هو ترك الدليل للمصلحة، والدليل هو الأثر المروي عن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله، وأما المصلحة فهي دفع المضرة عن البنت بأن تتزوج من لا ترضاه.

وبعد أن ساق الشاطبي مجموعة من تعريفات الاستحسان قال: «وإذا كان

١- المحصول: ١٣١/١.

٢- الموطأ، كتاب النكاح، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما.

٣- المنتقى: ٢٢/٥.

هذا معناه عن مالك و أبي حنيفة فليس بخارج عن الأدلة البتة، لأن الأدلة يقيد بعضها ويخصص بعضها بعضاً، كما في الأدلة السنية مع القرآنية. ولا يرد الشافعي مثل هذا أصلاً»[1].

وقال أيضا: « فهذا كله يوضح لك أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة إلا أنه نظر إلى لوازم الأدلة ومآلاتها»[2].

٢. علاقة الاستحسان بالنظر المصلحي:

يتضح هذا جليا من خلال أنواع ثلاثة للاستحسان ذكرها ابن العربي وهي: ترك الدليل للمصلحة، وترك الدليل للعرف، وترك الدليل للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق.

كما يتضح أيضا من قول ابن العربي: « العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس. ويرى مالك وأبو حنيفة تخصيص القياس ببعض العلة، ولا يرى الشافعي لعلة الشرع إذا ثبتت تخصيصا، ولم يفهم الشريعة من لم يحكم بالمصلحة ولا رأى تخصيص العلة»[3].

الاستحسان والترخص عند الإمامين الباجي وابن العربي:

قد تبين من الفقرة السابقة أن أبرز وجوه الاستحسان هو الترخص، فلذلك جعلته مهيمنا على أمثلة الاستحسان من خلال الفقرات التالية.

أ- تعريف الرخصة لغة واصطلاحا:

الرخصة لغة: «الرخص الشيء الناعم اللين. وثوب رخص ورخيص:

١- الاعتصام: ٩٧/٢.

٢- الموافقات: ١٥١/٤.

٣- أحكام القرآن: ٢٧٨/٢ ٢٧٩.

ناعم. والرخصة: وهي الفرصة والرفصة بمعنى واحد. ورخص له في الأمر: أذن له فيه بعد النهي عنه، والاسم الرخصة. والرخصة والرخصة: ترخيص الله للعبد في أشياء خففها عنه. والرخصة في الأمر: هو خلاف التشديد، وتقول رخصت فلانا في كذا وكذا أي أذنت له بعد نهيي إياه عنه»[١].

أما في الاصطلاح، فقد اعتبر الإمام الباجي أن« مطلق الرخصة عند الفقهاء يقتضي أن يخص بعض الجملة المحظورة بالإباحة»[٢]، وأنها أيضا: «ما أبيح لضرورة من جملة ممنوعة»[٣]، وتأتي أيضا بمعنى« الإباحة للضرورة أو للحاجة، وقد تستعمل في إباحة نوع من جنس ممنوع»[٤]. كما أنها «لا تستعمل إلا فيما يخص من المحظور للعذر»[٥].

ب- علاقة الترخص بالنظر المصلحي:

قد يكون بيان هذه العلاقة الآن من نافلة الحديث لما تقدم من قبل عن الاستحسان في هذا الشأن. وإذا كان الترخص في حقيقته هو إباحة ما كان ممنوعا، فإن هذه الإباحة اقتضاها رجحان مصلحة الإباحة على مصلحة المنع في محل الترخص، وقد أشار إلى هذا الإمام القرافي وهو ينتصر لجواز القياس على الرخص فقال: « الدليل إنما يخالفه صاحب الشرع لمصلحة تزيد على مصلحة ذلك الدليل عملا بالاستقراء»[٦]. فالدليل هنا هو الأصل المقتضي للمنع، والمخالفة هي الإباحة.

وقال الشاطبي: « وسائر الترخصات التي على هذا السبيل، فإن حقيقتها

١- لسان العرب: ٦/١٢٨.

٢- المنتقى: ٦/١٥٧.

٣- نفسه: ٤/١٢٢.

٤- نفسه: ٢/ ٢٧٩.

٥- نفسه: ٤/٩٩ ١٠٠.

٦- شرح تنقيح الفصول: ٤١٥ ٤١٦.

ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك، لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه»[١].

وعليه، فإن الترخص هو عنصر وثيق الصلة بالنظر المصلحي، إذ أن المجتهد ينظر فيما أصاب الناس من شدة وضيق، أو حاجة، أو ضرورة، أو مشقة بسبب شرعي مانع في محل ما، كما ينظر في المصلحة التي يمكن أن تترتب على إباحة هذا الممنوع، ثم يوازن بينهما، فإن وجد أن مصلحة الإباحة ترجحت على مصلحة المنع أفتى بالترخص في محل المنع.

وقد يصل القول بالرخصة إلى حد الوجوب، وقد يبقى في حدود الإباحة.

ج- شواهد من السنة النبوية على الترخص:

- **الرخصة لرعاء الإبل في البيتوتة خارج منى:**

فعن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن أبا البداح بن عاصم بن عدي أخبره عن أبيه أن رسول الله ﷺ أرخص لرعاء الإبل في البيتوتة خارجين عن منى يرمون يوم النحر ثم يرمون الغد ومن بعد الغد ليومين ثم يرمون يوم النفر[٢].

قال الباجي: « قوله:«أن رسول الله ﷺ أرخص لرعاء الإبل في البيتوتة خارجين عن منى» يقتضي أن هناك منعا خص هذا منه، لأن لفظة الرخصة لا تستعمل إلا فيما يخص من المحظور للعذر، وذلك أن للرعاء عذرا في الكون مع الظهر الذي لا بد من مراعاته والرعي به للحاجة إلى الظهر في الانصراف إلى بعيد البلاد، وقد قال تعالى: ﴿وَتَحۡمِلُ أَثۡقَالَكُمۡ إِلَىٰ

١- الموافقات: ٤/١٤٩ ،١٥٠.

٢- الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العرية.

بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُواْ بَٰلِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ ٱلْأَنفُسِ ﴾ (النحل:٧) فأبيح لهم ذلك لهذا المعنى[1].

- **الرخصة في السمر بعد العشاء:**

وذلك مع ورود النهي، فقد روى مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول: يكره النوم قبل العشاء والحديث بعدها[2].

قال الباجي: « ومعنى كراهية الحديث بعدها(يعني العشاء) أن ذلك يمنع من صلاة الليل، وقد أرخص في ذلك لمن تحدث مع ضيف أو قرأ علما. زاد الداودي: أو العروس أو مسافر»[3].

- **الرخصة في الخيلاء في الحرب:**

والمانع من الخيلاء نصوص شرعية كثيرة منها ما رواه مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: الذي يجر ثوبه خيلاء لا ينظر الله إليه يوم القيامة[4].

قال الباجي: « قوله ﷺ: «الذي يجر ثوبه خيلاء» يريد كبرا، وقال عيسى بن دينار عن ابن القاسم: الخيلاء الذي يتبختر في مشيه، ويختال فيه ويطيل ثيابه بطرا من غير حاجة إلى أن يطيلها، ولو اقتصد في ثيابه ومشيه لكان أفضل له، قال الله عز وجل: ﴿ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ مُخْتَالٍ فَخُورٍ ﴾ (الحديد:٢٣) وقد روي عن النبي ﷺ أنه أرخص في الخيلاء في الحرب، وقال: إنها لمشية يبغضها الله إلا في هذا الموضع. ومعنى ذلك، والله أعلم،

١- المنتقى: ٤/ ٩٩ ١٠٠.

٢- الموطأ، كتاب الصلاة، باب ما جاء في صلاة الليل؛ وهو مرفوع إلى النبي ﷺ من حديث أبي برزة الأسلمي، رواه البخاري، كتاب مواقيت الصلاة، باب ما يكره من النوم قبل العشاء.

٣- المنتقى: ١٥٢/٦.

٤- الموطأ، كتاب الجامع، ما جاء في إسبال الرجل ثوبه.

لما فيه من التعاظم على أهل الكفر والاستحقار لهم والتصغير لشأنهم»[1].

- **الرخصة في لبس الحرير في حالة المرض باتفاق، وفي الحرب على خلاف:**

أما المانع القائم فهو قول النبي ﷺ: إنما يلبس الحرير في الدنيا من لا خلاق له في الآخرة. وأشار الباجي إلى أن: ما كان محضا من الحرير فلا يجوز منه قليل ولا كثير...وأن هذا في حال السلم؛ فأما لبسه في الجهاد والصلاة به فقد روي عن ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه استحب ذلك، وقال: لما فيه من الإرهاب على العدو والمباهاة، وقد روي ذلك عن عائشة أم المؤمنين وأنس بن مالك وغيرهما من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم.

وأما لبسه للحكة والجَرَب فهو محل اتفاق بين العلماء، لأن الرخصة في ذلك قد ثبتت عن النبيﷺ. قال الباجي:« قال ابن حبيب: وأرخص النبي ﷺ لعبد الرحمن بن عوف وللزبير رضي الله عنهما في الحرير لحكة كانت بهما، وهذا أخرجه البخاري من حديث شعبة عن قتادة عن أنس، رخص النبي ﷺ لعبد الرحمن بن عوف والزبير في لبس الحرير لحكة بهما. ورواه همام عن قتادة أنهما شكوا إلى النبي ﷺ القمل فرخص لهما في قمص الحرير في غزاة لهما. ورواه سعد بن أبي عروبة عن قتادة، أرخص لهما في قمص الحرير في السفر من حكة كانت بهما أو وجع كان بهما»[2].

د- **تطبيقات الفقهاء للترخص: من الترخص في فداء الأسرى المسلمين من أيدي الكفار:**

فقد أوجب الله عز وجل على المسلمين تخليص أسراهم من أيدي الكافرين فقال: ﴿ وَمَا لَكُمْ لَا تُقَٰتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ ٱلرِّجَالِ وَٱلنِّسَآءِ

١- المنتقى: ٩/ ٣١٤.

٢- المنتقى: ٩/٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠.

﴿وَٱلْوِلْدَٰنِ ٱلَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَآ أَخْرِجْنَا مِنْ هَٰذِهِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلظَّالِمِ أَهْلُهَا وَٱجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا وَٱجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيرًا﴾ (النساء:٧٥). قال ابن العربي:« قال علماؤنا: أوجب الله سبحانه في هذه الآية القتال لاستنقاذ الأسرى من يد العدو مع ما في القتال من تلف النفس، فكان بذل المال في فدائهم أوجب، لكونه دون النفس وأهون منها. وقد روى الأئمة أن النبي ﷺ قال:«أطعموا الجائع وعودوا المريض وفكوا العاني»[1]. وقد قال مالك: على الناس أن يفدوا الأسارى بجميع أموالهم»[2].

وقال الباجي:« والأصل في ذلك أن فداء المسلمين وتخليصهم من أيدي المشركين واجب لازم، رواه أشهب عن مالك قال: ولو لم يقدروا أن يفتدوهم إلا بكل ما يملكون فذلك عليهم...وجمهور أصحابنا على قول مالك. والأصل في ذلك ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أطعموا الجائع وعودوا المريض وفكوا العاني». والدليل على ذلك من جهة المعنى ما احتج به مالك من أنه يلزم القتال لاستنقاذهم وفيه إتلاف المهج وسفك الدماء، فبأن يلزم استنقاذهم بالمال أولى»[3].

والأصل في حكم دفع المال للكفار للتوسل إلى فداء الأسرى أنه حرام. قال القرافي رحمه الله:« لو عجزنا عن إزالة منكر من هذه المنكرات إلا بدفع دراهم دفعناها لمن يأكلها حراما حتى يترك ذلك المنكر العظيم، كما يدفع المال في فداء الأسارى، والكفار مخاطبون بفروع الشريعة يحرم عليهم أكل ذلك المال ليتوصل بذلك المحرم لتخليص الأسير من أيدي العدو»[4].

١- صحيح البخاري، كتاب الأطعمة، بَاب قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿كُلُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ﴾ وَقَوْلِهِ: ﴿أَنفِقُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾ وَقَوْلِهِ: ﴿كُلُوا۟ مِنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَٱعْمَلُوا۟ صَٰلِحًا ۖ إِنِّى بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾.

٢- أحكام القرآن: ١/٥٨١ ٥٨٢.

٣- المنتقى: ٤/٣٧٥.

٤- الفروق: الفرق السابع عشر والمائة، ٣/٢٣.

وإنما ساغ دفع المال للكفار وهو محرم عليهم لما فيه من« التزام المفسدة القليلة لدفع المفسدة العظيمة وتوقع المصلحة العظيمة»[1]. والمفسدة القليلة التي تم التزامها هي المال المدفوع إليهم، والمفسدة العظيمة التي يتوقع دفعها هي بقاء المسلمين تحت أيدي المشركين، وتخليص الأسرى المسلمين من يد العدو هو المصلحة العظيمة.

قال القرافي: « قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة كالتوسل إلى فداء الأسارى بدفع المال للكفار الذي هو محرم عليهم الانتفاع به بناء على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة عندنا...فهذه الصور كلها الدفع وسيلة إلى المعصية بأكل المال؛ ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة»[2].

هـ- تجليات النظر المصلحي في الترخص:

بعد أن رأينا كيف يستند الترخص إلى رجحان مصلحة الإباحة على مصلحة المنع في محل الترخص، أقدم هنا تجليات للنظر المصلحي في محال الرخص. ومنها:

- **تقسيم الرخص من حيث الحكم:**

ويستند هذا التقسيم إلى رتب المصالح المحققة نتيجة الترخص ومقاديرها. فما كانت المصلحة فيه ضرورية عدت الرخصة فيه واجبة؛ وما كانت المصلحة فيه حاجية كانت الرخصة فيه مندوبة وهكذا...

وقد عدد الدكتور محمد جميل مبارك أقسام الرخصة فقال: «تتمثل العلاقة أيضا بين الرخصة والضرورة في تقسيمهم الرخصة إلى رخصة واجبة، كأكل الميتة للمضطر، على المشهور، وإلى رخصة غير واجبة، وتشمل الرخصة المندوبة كقصر الصلاة في السفر، والرخصة المباحة كالسلم،

١- نفسه.

٢- الفروق: الفرق الثامن والخمسون بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل، ٢/ ٦٢.

والرخصة التي هي خلاف الأولى كفطر المسافر في نهار رمضان إن لم يتضرر بالصيام، والرخصة المكروهة، كالقصر في أقل من ثلاثة أيام، على خلاف في هذه الأمثلة»[1].

ونبه الإمام الغزالي إلى أن أساس التفريق بين حكم هذه الرخص هو النظر المصلحي في تعيين المصالح المتوقعة من الترخص وتحديد رتبها ومقاديرها فقال: « فإن قيل: فالرخص تنقسم إلى ما يعصى بتركه كترك أكل الميتة والإفطار عند خوف الهلاك، وإلى ما لا يعصى كالإفطار والقصر وترك كلمة الكفر وترك قتل من أكره على قتل نفسه، فكيف يسمى ما يجب الإتيان به رخصة ؟ وكيف فرق بين البعض والبعض ؟ قلنا : أما تسميته رخصة وإن كانت واجبة فمن حيث إن فيه فسحة، إذ لم يكلف إهلاك نفسه بالعطش وجوز له تسكينه بالخمر وأسقط عنه العقاب.

فمن حيث إسقاط العقاب عن فعله هو فسحة رخصة، ومن حيث إيجاب العقاب على تركه هو عزيمة.

وأما سبب الفرق فأمور مصلحية رآها المجتهدون، وقد اختلفوا فيها؛ فمنهم من لم يجوز الاستسلام للصائل، ومنهم من جوز وقال: قتل غيره محظور كقتله، وإنما جوز له نظرا له، وله أن يسقط حق نفسه إذا قابله مثله، وليس له أن يهلك نفسه ليمتنع عن ميتة وخمر، فإن حفظ المهجة أهم في الشرع من ترك الميتة والخمر في حالة نادرة»[2].

وقد رأينا من قبل أن الباجي يقول في فداء المسلمين وتخليصهم من أيدي المشركين إنه واجب لازم. ويذهب بن العربي إلى أن رخصة الغناء إنما هي على الإباحة.

بل إن الرخصة في الأمر الواحد ليست على وزان واحد، كما هو الشأن

١- نظرية الضرورة الشرعية: حدودها وضوابطها، ص: ١٦١.

٢- المستصفى من علم الأصول: ١/٩٧.

في الرخصة في السمر بعد العشاء؛ فالسمر في أمور المسلمين قد يبلغ أعلى درجات الوجوب إذا كان ذلك الأمر مثلا يتعلق بفتنة توشك أن تندلع بينهم، أو عدو خارجي يوشك أن يستبيح بيضتهم. وقد يتنزل السمر إلى أدنى مراتب الإباحة كالسفر بالليل.

كما ميز ابن العربي بين الرخصة إذا كانت في رتبة الضروريات وبين أن تكون رتبة الحاجيات.

ففي قوله تعالى: ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ (النساء:٢٥). قال ابن العربي: « قال أبو بكر الرازي إمام الحنفية في كتاب أحكام القرآن له: ليس نكاح الأمة ضرورة؛ لأن الضرورة ما يخاف منه تلف النفس أو تلف عضو، وليس في مسألتنا شيء من ذلك.

قلنا: ...نحن لم نقل إنه حكم نيط بالضرورة، إنما قلنا: إنه حكم علق بالرخصة المقرونة بالحاجة، ولكل واحد منهما حكم يختص به، وحالة يعتبر فيها، ومن لم يفرق بين الضرورة والحاجة التي تكون معها الرخصة فلا يعنى بالكلام معه»[1].

- **تحديد ضوابط اقتحام المحرم عند الضرورة:**

و« الضرورة هي أبرز أقسام الرخصة، لأن الرخصة ناتجة عن المشقة، والمشقة هي العنصر البارز في الضرورة، والمضطر أحق بالترخص من غيره»[2]. فإذا أخذ المضطر برخصة لأكل طعام محرم، فما هي الضوابط التي تضبط أخذه بالرخصة، وما هي الحدود التي يتوقف عندها؟

والأصل في الحديث عن هذه الضوابط قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ

١- أحكام القرآن: ٥٠٤/١.

٢- نظرية الضرورة الشرعية: حدودها وضوابطها، ص: ١٦٠.

وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ﴾ (البقرة:١٧٣)، إذ أجازت الآية الكريمة للمضطر الترخص من غير بغي ولا عدوان، فما معناهما؟

قال ابن العربي: « فيه أقوال كثيرة نخبتها اثنتان: الأول: العادي، وهو: المجاوز ما يجوز إلى ما لا يجوز، وخص هاهنا بقاطع السبيل، وقد قاله مجاهد وابن جبير. الثاني: أن الباغي آكل الميتة فوق الحاجة، والعادي آكلها مع وجود غيرها، قاله جماعة، منهم قتادة والحسن وعكرمة.

والأصح، والحالة هذه أن معناه غير طالب شرا، ولا متجاوز حدا، فأما قوله: « غير طالب شرا» فيدخل تحته كل خارج على الإمام، وقاطع للطريق، وما في معناه. وأما « غير متجاوز حدا» فمعناه غير متجاوز حد الضرورة إلى حد الاختيار»[1].

الضابط الأول: التفرقة بين حقوق الله وحقوق الآدميين:

فإذا احتاج المضطر إلى حقوق الله جاز له أن يتجاوز حد الضرورة فيأكل حتى يشبع ويتزود؛ وإن اضطر إلى حقوق العباد فعليه أن يتوقف عند حدود الضرورة.

فقد روى « مالك أن أحسن ما سمع في الرجل يضطر إلى الميتة أنه يأكل منها حتى يشبع ويتزود منها؛ فإن وجد عنها غنى طرحها. وسئل مالك عن الرجل يضطر إلى الميتة أيأكل منها وهو يجد ثمر القوم أو زرعا أو غنما بمكانه ذلك؟ قال مالك: إن ظن أن أهل ذلك الثمر أو الزرع أو الغنم يصدقونه بضرورته حتى لا يعد سارقا فتقطع يده رأيت أن يأكل من أي ذلك وجد ما يرد جوعه ولا يحمل منه شيئا وذلك أحب إلي من أن يأكل الميتة. وإن هو خشي أن لا يصدقوه وأن يعد سارقا بما أصاب من ذلك فإن أكل الميتة خير له عندي، وله في أكل الميتة على هذا الوجه سعة. مع أني أخاف أن يعدو عاد ممن لم يضطر إلى الميتة يريد استجازة أخذ أموال الناس وزروعهم

١- أحكام القرآن: ١/ ٨٤ ٨٥.

وثمارهم بذلك بدون اضطرار. قال مالك: وهذا أحسن ما سمعت»[1].

قال الباجي: « قوله « يأكل منها حتى يشبع ويتزود « يريد إن اضطر إلى أكلها واستباحتها بذلك؛ فإنه لا يقتصر على ما يرد رمقه منها، بل يشبع منها الشبع التام ويتزود؛ لأنها مباحة له كما يشبع من الطعام المباح في حال وجود الطعام لما كان مباحا له. وقال ابن حبيب: إنما يأكل منها ما يقيم رمقه ثم لا يأكل بعد ذلك حتى يصير من الضرورة إلى حاله الأولى، وبه قال عبد العزيز بن الماجشون وابنه. ووجه ذلك أن الإباحة إنما تثبت لحفظ النفس وذلك يوجد فيما دون الشبع فما زاد لا يتناول لحفظ النفس، فكان ممنوعا منه.

وقوله « فيما يجده من الثمر والزرع والغنم لغيره إن ظن أنهم يصدقونه فإنه يأكل منه ما يرد جوعه ولا يحتمل منه شيئا». وفرق بين أكله من هذا وبين أكله من الميتة، ففي الميتة قال: يشبع ويتزود؛ وقال في هذا: يأكل ما يرد جوعه ولا يتزود. ووجه ذلك: أن هذا مال لغيره، فهو ممنوع منه لحق الله ولحق مالكه، فليس له أن يأخذ منه إلا بقدر ما يرد به رمقه. وأما الميتة، فليست بمال لغيره، وإنما هي ممنوعة لحق الله تعالى، وحقوق الله تعالى إذا استبيحت للضرورة تجاوزت الرخصة فيها مواضع الضرورة، وحقوق الآدميين لا تتجاوز مواضع الحاجة والضرورة. وهذا الفرق على رواية الموطأ ورواية ابن المواز، وأما على رواية ابن حبيب وهي الرواية الثانية عن مالك فلا فرق بينهما»[2].

الضابط الثاني: التفرقة بين التحريم المثقل والتحريم المخفف:

أما التحريم المثقل فهو ما كان تحريمه دائما، أو كان متعلقا بحقوق العباد، كثمار قوم أو زروعهم أو غنمهم، خاصة ما كان منها في حرز، أو ما كان

١- الموطأ، كتاب الصيد، باب ما جاء فيمن يضطر إلى أكل الميتة.

٢- المنتقى: ٢٧٨/٤.

لا يحل بحال كلحم ابن آدم أو لحم الخنزير، فهما لا يحلان حيين ولا ميتين.

فإذا وجد المضطر نفسه بين حالتين: إما أن يقتحم التحريم المثقل أو التحريم المخفف، كان أولى له أن يقتحم التحريم المخفف لقلة مفاسده.

قال ابن العربي: «إذا وجد المضطر ميتة ودما ولحم خنزير وخمرا وصيدا حرميا أو صيدا وهو محرم، فهذه صورتان: الأولى: الحلال يجدها، والثاني الحرام؛ فإن وجد ميتة وخمرا قال ابن القاسم: يأكل الميتة حلالا بيقين، والخمر محتملة للنظر.

وإن وجد ميتة وبعيرا ضالا أكل الميتة، قاله ابن وهب.

فإن وجد ميتة وكنزا أو ما في معناه أكل الكنز، قاله ابن حبيب.

فإن وجد ذلك تحت حرز أكل الميتة؛ ولو وجد ميتة وخنزيرا، قال علماؤنا: يأكل الميتة، فإن وجد لحم بني آدم والميتة أكل الميتة؛ فإنها حلال في حال، والخنزير وابن آدم لا يحل بحال، ولا يأكل ابن آدم ولو مات، قاله علماؤنا. وقال الشافعي: يأكل لحم ابن آدم.

الصورة الثانية: إذا وجد المحرم صيدا وميتة؛ قال علماؤنا: يأكل الميتة ولا يأكل الصيد.

والضابط لهذه الأحكام أنه إذا وجد ميتة ولحم خنزير قدم الميتة؛ لأنها تحل حية والخنزير لا يحل، والتحريم المخفف أولى أن يقتحم من التحريم المثقل، كما لو أكره أن يطأ أخته أو أجنبية وطئ الأجنبية؛ لأنها تحل له بحال. وإذا وجد ميتة وخمرا فقد تقدم.

وإذا وجد ميتة ومال الغير، فإن أمن الضرر في بدنه أكل مال الغير، ولم يحل له أكل الميتة، وإن لم يأمن أكل الميتة، وأَمْنُهُ إذا كان مال الغير في الثمار أكثرَ من أمنِهِ إذا كان في الجرين.

وقد تقدم القول في الميتة والآدمي. والصحيح عندي ألا يأكل الآدمي إلا إذا تحقق أن ذلك ينجيه ويحييه.

وإذا وجد المحرم صيدا وميتة أكل الصيد، لأن تحريمه مؤقت، فهو أخف وتقبل الفدية في حال الاختيار، ولا فدية لآكل الميتة»[1].

الضابط الثالث: التفرقة بين الحالة النادرة وحالة التمادي:

فإذا كانت الضرورة نادرة لزم المضطر أن يكتفي مما اضطر إليه بما يسد به رمقه فحسب، أما إذا تمادت به حال الضرورة فيمكنه أن يأخذ منه إلى حد الشبع ويتزود.

قال ابن العربي: « وأما «غير متجاوز حدا» فمعناه غير متجاوز حد الضرورة إلى حد الاختيار. ويحتمل أن تدخل تحته الزيادة على قدر الشبع، كما قاله قتادة وغيره، ولكن مع الندور لا مع التمادي؛ فإن أبا عبيدة وأصحابه قد أكلوا حتى شبعوا مما اعتقدوا أنه ميتة حتى أخبرهم النبي ﷺ بأنه حلال؛ لكن وجه الحجة أنهم لما أخبروه بحالهم جوز لهم أكلهم شبعا وتضلعا مع اعتقادهم لضرورتهم»[2].

- **القول بعموم الرخصة:**

ومن تجليات النظر المصلحي في محال الرخص أن نقدر الضرورة التي أوجبت الترخص، فإن كانت شائعة كثيرة كانت الرخصة عامة، وإن كانت نادرة كانت الرخصة خاصة. ويستنبط هذا مما روى « مَالك عَنْ ابْنِ شهَاب عَنْ سَعيد بْنِ الْمُسَيَّبِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ سَائلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ الصَّلَاةِ فِي ثَوْب وَاحِدٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَوَ لِكُلِّكُمْ ثَوْبَانِ؟»[3].

قال الباجي: « قوله ﷺ: أولكلكم ثوبان؟ مع سؤال السائل إباحة للصلاة

١- أحكام القرآن: ١/ ٨٥ ٨٦.

٢- أحكام القرآن: ١/ ٨٤ ٨٥.

٣- الموطأ، كتاب النداء للصلاة، باب الرخصة في الصلاة في الثوب الواحد.

في ثوب واحد سعي إلى نفي الحرج اللاحق في المنع من ذلك. إذ ليس كل الناس يجد ثوبين،...وإنما يدل قوله: «أولكلكم ثوبان؟» على استباحة الصلاة بالثوب الواحد مع القدرة على الثوبين من ثلاثة أوجه: أحدها: أنه قال: «أولكلكم ثوبان؟» فأشار إلى أن عدم أكثر من الثوب الواحد أمر شائع كثير، والضرورة إذا كانت شائعة كثيرة كانت الرخصة المتعلقة بها عامة، يدل على ذلك أنه لما كان الغالب من حال السفر التعب والمشقة كانت رخصة الفطر فيه عامة، وإن كان من الناس من لا تلحقه المشقة في سفره. ولما كانت في الحضر نادرة لم تدرك الرخصة فيها من يدركه التعب ولا أحد يسلم منه. فلما كان الغالب من حال الناس في وقت مخاطبة النبي ﷺ عدم ما زاد على الثوب، كانت الرخصة عامة في جواز الصلاة به للواجد والعادم، ولما كان عدم الثوب الواحد نادرا لم تجز الصلاة دونه مع التمكن منه»[1].

- **القياس على الرخص:**

يتضح اندراج القياس على الرخص ضمن النظر المصلحي من خلال الحجج التي ساقها الإمام القرافي لجواز القياس على الرخص حيث قال: « يجوز القياس عند الشافعي على الرخص، خلافا لأبي حنيفة وأصحابه. حكى المالكية عن مذهب مالك قولين في جواز القياس على الرخص.

حجة المنع أن الرخص مخالفة للدليل، فالقول بالقياس عليها يؤدي إلى كثرة مخالفة الدليل فوجب أن لا يجوز.

حجة الجواز أن الدليل إنما يخالفه صاحب الشرع لمصلحة تزيد على مصلحة ذلك الدليل عملا بالاستقراء، وتقديم الأرجح هو شأن صاحب الشرع، وهو مقتضى الدليل، فإذا وجدنا تلك المصلحة التي خولف الدليل لأجلها في صورة وجب أن يخالف الدليل بها أيضا عملا برجحانها. فنحن

١- المنتقى: ٢/٢٢٨.

حينئذ كثرنا موافقة الدليل لا مخالفته»[1]. وقال أيضا: « الرخص منح من اللّه تعالى؛ فإذا فهمنا أن اللّه تعالى منح عباده منحة لأجل معنى مشترك بينها وبين صورة أخرى، جعلنا تلك الصورة الأخرى منحة من اللّه تعالى بالقياس تكثيرا لمنح اللّه تعالى وحفظا لحكمة الوصف عن الضياع»[2].

ويوافق الباجي على هذا الرأي فيقول:« مطلق الرخصة عند الفقهاء يقتضي أن يخص بعض الجملة المحظورة بالإباحة، ومنع أبو حنيفة وقوم من أصحابنا القياس عليه، وجعلوا له بإطلاق اسم الرخصة عليه حكما مفردا، ولا يجوز أن يعدى إلى غيره؛ حتى أنهم يسمون بذلك كل حكم لا يعدونه. وليس هذا بصحيح، والصواب أن ينظر إلى علة ذلك الحكم الذي علق عليها في الشرع، فإن كانت علته واقفة، قصر الحكم على موضعها، وإن كانت متعدية عداه، وأثبت الحكم المعلق بها حيث وجدت، وباللّه التوفيق»[3].

١- شرح تنقيح الفصول: ٤١٥، ٤١٦.

٢- نفائس الأصول في شرح المحصول: ٤/ ٣٩٤.

٣- المنتقى: ٦/ ١٥٧.



الفصل الثالث

النظر المصلحي في إنشاء الأحكام

المبحث الأول

المصلحة المرسلة

١. علاقة المصلحة المرسلة بالنظر المصلحي:

المصالح المرسلة والاستدلال المرسل والقياس المصلحي كلها مصطلحات ذات مدلول واحد، ومعناه أنه إذا غاب النص للدلالة على الحكم في نازلة معينة، فإن الفقيه يلجأ إلى الواقعة لينظر فيما اشتملت عليه من مصالح أو مفاسد، وما سيؤول إليه أمرها من ذلك، ثم يقضي لها بالحكم بحسب ذلك، مستبصرا بما تقرر عند الفقهاء من أن الأصل في المنافع الإذن وفي المضار المنع[1].

وقد يكون بعد هذا من نافلة القول إثبات صلة المصالح المرسلة بالنظر المصلحي، إذ هي ألصق المباحث به صلة.

فالقول بالمصلحة المرسلة واعتبارها إن هو إلا اهتداء بسنن الشرع الحنيف في جلب المصالح للخلق ودرء المفاسد عنهم. وما سميت مرسلة إلا لغياب النص الخاص الدال عليها، أما إذا اعتبرنا النصوص العامة وجنس المصالح التي أشارت إليها الشريعة الغراء فإنها تعد مصلحة معتبرة.

يقول العز بن عبد السلام: « ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك.

ومثل ذلك أن من عاشر إنسانا من الفضلاء الحكماء العقلاء، وفهم ما يؤثره ويكرهه في كل ورد وصدر، ثم سنحت له مصلحة

١- نفائس الأصول في شرح المحصول: ٤/٦٢٨.

أو مفسدة لم يعرف قوله فيها، فإنه يعرف بمجموع ما عهده من طريقته وألفه من عادته أنه يؤثر تلك المصلحة ويكره تلك المفسدة.

ولو تتبعنا مقاصد ما في الكتاب والسنة، لعلمنا أن الله أمر بكل خير دقه وجله، وزجر عن كل شر دقه وجله، فإن الخير يعبر به عن جلب المصالح ودرء المفاسد، والشر يعبر به عن جلب المفاسد ودرء المصالح، وقد قال تعالى: ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ﴿٧﴾ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ﴾ (الزلزلة:٧-٨). وهذا ظاهر في الخير الخالص والشر المحض. وإنما الإشكال إذا لم نفهم خير الخيرين وشر الشرين أو لم نعرف ترجيح المصلحة على المفسدة أو ترجيح المفسدة على المصلحة أو جهلنا المصلحة والمفسدة...

وأجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها وللزجر عن المفاسد بأسرها قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَـٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (النحل:٩٠)، فإن الألف واللام في العدل والإحسان للعموم والاستغراق، فلا يبقى من دق العدل وجله شيء إلا اندرج في قوله ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ﴾، ولا يبقى من دق الإحسان وجله شيء إلا اندرج في أمره بالإحسان. والعدل هو التسوية والإنصاف، والإحسان: إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة. وكذلك الألف واللام في الفحشاء والمنكر والبغي عامة مستغرقة لأنواع الفواحش ولما يذكر من الأقوال والأعمال. وأفرد البغي - وهو ظلم الناس - بالذكر مع اندراجه في الفحشاء والمنكر للاهتمام به، فإن العرب إذا اهتموا أتوا بمسميات العام. ولهذا أفرد البغي وهو الظلم مع اندراجه في الفحشاء والمنكر للاهتمام به، كما أفرد إيتاء ذي القربى بالذكر مع اندراجه بالعدل والإحسان»[١].

١- قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٢/ ٣١٤ ٣١٦.

٢. نماذج للمصالح المرسلة عند الإمامين الباجي وأبي بكر بن العربي:

أ- تقدير الحد في شرب الخمر:

فلم ينقل عن النبي ﷺ نص في حد الخمر يحصره ويمنع الزيادة عليه والنقص منه، فقدره الصحابة باجتهادهم، ومستندهم فيه الرجوع إلى المصالح والتمسك بالاستدلال المرسل.

فقد روى مالك أن « عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال له علي بن أبي طالب: نرى أن تجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى أو كما قال، فجلد عمر في الخمر ثمانين»[١].

قال الباجي: « قوله إن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل وجواب علي يدل على أنه إنما استشار في قدر الحد؛ وإنما كان ذلك لأن الأصح أنه لم يتقرر في زمن النبي ﷺ، بمعنى أنه لم يحد فيه حدا بقول يعلم، لا يزاد عليه ولا ينقص عنه؛ وإنما كان يضرب مقدارا قدرته الصحابة. واختلفوا في تقديره، يدل على ذلك ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: ما من رجل أقمت عليه حدا فمات فأجد في نفسي منه شيئا إلا شارب الخمر، فإنه إن مات فيه وديته لأن رسول اللّه ﷺ لم يبينه[٢]. ومعنى ذلك أنه لم يحده بقول يحصره ويمنع الزيادة فيه والنقص منه فحدوه باجتهادهم.

قال الشاطبي: « ووجه إجراء المسألة على الاستدلال المرسل أن الصحابة أو الشرع يقيم الأسباب في بعض المواضع مقام المسببات، والمظنة مقام الحكمة، فقد جعل الإيلاج في أحكام كثيرة يجري مجرى الإنزال، وجعل الحافر للبئر في محل العدوان وإن لم يكن ثم مرد كالمردي نفسه، وحرم

١- الموطأ، كتاب الأشربة، باب الحد في الخمر.

٢- متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال، ومسلم في كتاب الحدود، باب حد الخمر.

الخلوة بالأجنبية حذراً من الذريعة إلى الفساد، إلى غير ذلك من الفساد، فرأوا الشرب ذريعة إلى الافتراء الذي تقتضيه كثرة الهذيان، فإنه أول سابق إلى السكران. قالوا: فهذا من أوضح الأدلة على إسناد الأحكام إلى المعاني التي لا أصول لها(يعني على الخصوص به) وهو مقطوع من الصحابة رضي الله عنه »[١].

ب- **تضمين الصناع:**

وليس فيه في الشرع نص خاص، وإنما هو نظر لمصلحة أرباب السلع ومصلحة الصناع. ففيه من جهة تقديم مصلحة أرباب السلع على مصلحة من يحتمل صدقه من الصناع؛ إذ في تضمين الصانع البريء ضرر عليه، لكن هذا الضرر لا يعتد به إذا قورن مع حجم المفاسد الناتجة عن ضياع أموال أرباب السلع إذا صدق كل من ادعى التلف.

وفيه من جهة أخرى جمع بين مصلحة أرباب السلع ومصلحة كافة الصناع، إذ لو ترك الناس الاستصناع لتضرر أرباب السلع والصناع معا.

«قال يحيى: وسمعت مالكا يقول في الصباغ يدفع إليه الثوب فيخطئ به فيدفعه إلى رجل آخر حتى يلبسه الذي أعطاه إياه: إنه لا غرم على الذي لبسه، ويغرم الغسال لصاحب الثوب، وذلك إذا لبس الثوب الذي دفع إليه على غير معرفة بأنه ليس له»[٢].

قال الباجي: «قوله: «أن الصباغ يضمن ما أخطأ به من الثياب التي بعضها للقابض لها» يقتضي ضمان الصناع مما ضاع عندهم مما قبضوه،... وضمانهم في الجملة مما أجمع عليه العلماء، وقال القاضي أبو محمد أنه إجماع الصحابة، وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: لا يصلح الناس إلا ذلك. قال مالك في المدونة والموازية وغيرها: وذلك لمصلحة الناس وإذ لا غنى

١- الاعتصام: ٢/٨٣.

٢- الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء فيما يعطى العمال.

بالناس عنهم، كما نهي عن تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي للمصلحة. وبمثل ذلك ضمن الأكرياء الطعام خاصة للمصلحة، وما أدركت العلماء إلا وهم يضمنون الصناع. قال القاضي أبو محمد: لأن ذلك تتعلق به مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال، وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع؛ لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره، أو يطرزه، أو يصبغه؛ فلو قلنا القول قول الصناع في ضياع الأموال لتسرعوا إلى دعوى ذلك وللحق أرباب السلع ضرر؛ لأنهم بين أمرين: إما أن يدفعوا إليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه، أو لا يدفعوه فيضر بهم، فكان تضمينهم خلافا للفريقين»[1].

ويشرح الشاطبي وجه قول علي: «لا يصلح الناس إلا ذلك» فيقول: «ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين»[2].

كما يشرح وجه إجراء المسألة على الاستدلال المرسل فيقول: «ولا يقال: إن هذا نوع من الفساد وهو تضمين البريء. إذ لعله ما أفسده، ولا فَرَّطَ، فالتضمين مع ذلك (يعني مع احتمال براءة الصانع) كان نوعاً من الفساد. لأنا نقول: إذا تقابلت المصلحة والمضرة فشأن العقلاء النظر إلى التفاوت، ووقوع التلف من الصناع من غير تسبب ولا تفريط بعيد، والغالب الفوت فوت الأموال، وأنها لا تستند إلى التلف السماوي، بل ترجع إلى صنع العباد على المباشرة أو التفريط. وفي الحديث: «لا ضرر ولا ضرار» تشهد له الأصول من

١- المنتقى: ٧/٤٦١.

٢- الاعتصام: ٢/ ٨٣ ٨٤.

حيث الجملة، فإن النبي ﷺ نهى عن أن يبيع حاضر لباد، وقال: «دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض» وقال: «لا تلقوا الركبان بالبيع حتى يهبط بالسلع إلى الأسواق»[١] وهو من باب ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فتضمين الصناع من ذلك القبيل»[٢].

ج- **توظيف الخراج:**

الخراج والخرج: ما يخرج من الأرض ومن وكر الحيوان ونحو ذلك، قال الله تعالى: ﴿ أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ﴾ (المؤمنون:٧٢)، والخرج أعم من الخراج، وجعل الخراج بإزاء الدخل، قال تعالى: ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ (الكهف:٩٤)، والخراج مختص في الغالب بالضريبة على الأرض، وقيل العبد يؤدي خرجه، أي غلته، والرعية تؤدي إلى الأمير الخراج[٣].

فتوظيف الخراج معناه أن الإمام إذا كان « مفتقراً إلى تكثير الجنود لسد الثغور وحماية الملك المتسع الأقطار، وخلا بيت المال وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا يكفيهم، فللإمام إذا كان عدلاً أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافياً لهم في الحال، إلى أن يظهر مال بيت المال، ثم إليه النظر في توظيف ذلك على الغلات والثمار وغير ذلك، كيلا يؤدي تخصيص الناس به إلى إيحاش القلوب، وذلك يقع قليلاً من كثير بحيث لا يحجف بأحد ولا يحصل المقصود»[٤].

وقد تعرض ابن العربي للحديث عنه في قوله تعالى﴿قَالُواْ يَٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ

١- لم أجده بهذا اللفظ، وله شاهد في الموطأ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: لا تلقوا الركبان للبيع، كتاب البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة.

٢- نفسه.

٣- مفردات ألفاظ القرآن: ٢٧٨.

٤- الاعتصام: ٢/٨٥.

يَأۡجُوجَ وَمَأۡجُوجَ مُفۡسِدُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَهَلۡ نَجۡعَلُ لَكَ خَرۡجًا عَلَىٰٓ أَن تَجۡعَلَ بَيۡنَنَا وَبَيۡنَهُمۡ سَدّٗا ﴾ (الكهف: ٩٤)، فقال: «الخرج: الجزاء والأجرة، وكان ملكا ينظر في أمورهم، ويقوم بمصالحهم، فعرضوا عليه جزاء في أن يكف عنهم ما يجدونه من عادية يأجوج ومأجوج، وعلى الملك فرض أن يقوم بحماية الخلق في حفظ بيضتهم، وسد فرجتهم، وإصلاح ثغرهم من أموالهم التي تفيء عليهم، وحقوقهم التي يجمعها خزنتهم تحت يده ونظره، حتى لو أكلتها الحقوق، وأنفدتها المؤن، واستوفتها العوارض، لكان عليهم جبر ذلك من أموالهم.

وعليه حسن النظر لهم، وذلك بثلاثة شروط:

الأول: ألا يستأثر بشيء عليهم.

الثاني: أن يبدأ بأهل الحاجة منهم فيعينهم.

الثالث: أن يسوي في العطاء بينهم على مقدار منازلهم، فإذا فنيت بعد هذا ذخائر الخزانة وبقيت صفرا فأطلعت الحوادث أمرا بذلوا أنفسهم قبل أموالهم، فإن لم يغن ذلك فأموالهم تؤخذ منهم على تقدير، وتصرف بأحسن تدبير»[1].

وتوظيف الخراج هو تطبيق لقاعدة دفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما، ودفع أعظم الشرين بارتكاب أخفهما. أما أعظم المفسدتين فهي ضعف سلطة الدولة على حدودها الخارجية وتزعزع هيبتها على مستوى الداخل، مما يجعلها عرضة للأطماع الخارجية والفتن الداخلية، الأمر الذي تضيع معه حرمة النفوس والأعراض والأموال. وأما أهون المفسدتين فهي دفع قسط يسير من المال لتقوية شوكة الإمام وسد حاجات الجند من المال والسلاح.

قال الشاطبي: «وإنما لم ينقل مثل هذا عن الأولين لاتساع مال بيت المال في زمانهم بخلاف زماننا، فإن القضية فيه أحرى، ووجه المصلحة هنا

١- أحكام القرآن: ٣/٢٤٣.

ظاهر، فإنه لو لم يفعل الإمام ذلك النظام بطلب شوكة الإمام، وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار.

وإنما النظام ذلك كله شوكة الإمام بعدله. فالذين يحذرون من الدواهي لو تنقطع عنهم الشوكة، يستحقرون بالإضافة إليها أموالهم كلها، فضلاً عن اليسير منها، فإذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم بأخذ البعض من أموالهم، فلا يتمارى في ترجيح الثاني عن الأول. وهو مما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد.

د- قتل الجماعة بالواحد:

والمستند فيه المصلحة المرسلة، إذ لا نص على عين المسألة، ولكنه منقول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. فقد روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد ابن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قتل نفرا خمسة أو سبعة برجل واحد قتلوه، قتل غيلة، وقال عمر: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا[1].

قال الباجي:« فأما قتل الجماعة بالواحد يجتمعون في قتله فإنهم يقتلون به، وعليه جماعة العلماء، وبه قال عمر وعلي وابن عباس، وغيرهم، وعليه فقهاء الأمصار إلا ما يروى عن أهل الظاهر، والدليل على ما يقوله خبر عمر هذا، وصارت قضيته بذلك، ولم يعلم له مخالف فثبت أنه إجماع، ودليلنا من جهة القياس أن هذا حد وجب للواحد على الواحد فوجب للواحد على الجماعة كحد القذف»[2].

وإذا كان الباجي قد استند في حكم هذه المسألة إلى الإجماع والقياس، فإن أبا بكر بن العربي قد استند فيها إلى معقول النص، وهو قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ﴾(البقرة:١٧٨) فقال:«المسألة الثامنة: قتل الجماعة بالواحد: احتج علماؤنا رحمة الله

١- الموطأ، كتاب العقول، باب ما جاء في الغيلة والسحر.

٢- المنتقى: ٩/٩٩.

عليهم بهذه الآية، وهي قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾على أحمد بن حنبل في قوله: لا تقتل الجماعة بالواحد؛ قال: لأن الله تعالى شرط في القصاص المساواة، ولا مساواة بين الواحد والجماعة، لا سيما، وقد قال تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾(المائدة:٤٥).

الجواب: أن مراعاة القاعدة أولى من مراعاة الألفاظ، ولو علم الجماعة أنهم إذا قتلوا واحدا لم يقتلوا لتعاون الأعداء على قتل أعدائهم بالاشتراك في قتلهم، وبلغوا الأمل من التشفي منهم»[١].

هـ - الأخذ بشهادة الصبيان في القتل والجراح خاصة:

وليس لها من جهة الأثر نص شرعي تستند إليه إلا ما يروى عن بعض الصحابة والتابعين. فقد روى مالك عن هشام بن عروة أن عبد الله بن الزبير كان يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح[٢].

قال الباجي: «وهو قول أهل المدينة، وبه قال علي بن أبي طالب ومعاوية؛ ومن التابعين: سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز. ومنع من ذلك أبو حنيفة والثوري والشافعي... وروى وكيع عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة: ما رأيت القضاة أخذت إلا بقول ابن الزبير»[٣].

ويرجع سبب المنع لها عند القائلين به إلى أنها على خلاف الأصل، فإن المعتبر في قبول الشهادة خمسة أوصاف هي: الإسلام، والحرية، والبلوغ، والعدالة، ونفي التهمة(كالقرابة أو العداوة)[٤]. وقد انتفت معظم هذه الأوصاف في شهادة الصبيان، كالعدالة والبلوغ، فكان الأصل أن ترد.

غير أن ردها سينتج عنه إهدار كثير من النفوس والدماء، فاقتضت

١- أحكام القرآن: ٩٥/١.

٢- الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في شهادة الصبيان.

٣- المنتقى: ٢٢٠/٧.

٤- بداية المجتهد: ٦٧٧/٢.

ضرورة دفع هذه المفاسد التسامح في شروط الشهادة غير المتوفرة في الصبيان.

قال الباجي:«والدليل على ما ذهب إليه علي ومن تابعه ما احتج به شيوخنا من أن الدماء يجب الاحتياط لها، والصبيان في غالب أحوالهم ينفردون في ملاعبهم حتى لا يكاد أن يخالطهم غيرهم، ويجري بينهم من اللعب والترامي ما ربما كان سببا للقتل والجراح. فلو لم يقبل بينهم إلا الكبار وأهل العدل، لأدى ذلك إلى هدر دمائهم وجراحهم، فقبلت شهادتهم بينهم على الوجه الذي يقع على الصحة[١] في غالب الحال»[٢].

١- الوجه الذي يقع على الصحة في غالب الأحوال أن تتحقق فيه شروط عشرة هي: ١ العقل، ٢ الذكورية، ٣ الحرية، ٤ الإسلام، ٥ أن يكون ذلك بينهم لعدم ضرورة مخالطة الكبير لهم، ٦ أن يسمع ذلك منهم قبل التفرق لئلا يلقنوا الكذب، ٧ اتفاق أقوالهم، ٨ أن يكونوا اثنين فصاعدا، ٩ أن لا يحضر كبار، ١٠ حضور الجسد المشهود بقتله. المنتقى: ٧/٢٢١ ٢٢٢.

٢- المنتقى: ٧/٢٢٠.

المبحث الثاني

اعتبار العرف

١. تعريف العرف والعادة:

أ- تعريفهما لغة:

العرف لغة: قال ابن فارس: العين والراء والفاء أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول العرف: عرف الفرس، سمي بذلك لتتابع الشعر عليه.

والأصل الآخر: المعرفة والعرفان، تقول: عرف فلان فلانا عرفانا ومعرفة. وهذا أمر معروف. وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه، لأن من أنكر شيئا توحش منه ونبا عنه.

والعرف: المعروف، وسمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه. قال النابغة:

أبى الله إلا عدله ووفاءه   فلا النكر معروف ولا العرف ضائع

إذا أقر، كأنه عرفه فأقر به. ويقال: النفس عروف، إذا حملت على أمر فبسأت به أي اطمأنت»[1].

والعادة لغة: قال ابن فارس:« العين والواو والدال أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تثنية في الأمر، والآخر جنس من الخشب.

فالأول: قال الخليل:هو تثنية الأمر عودا بعد بدء. تقول: بدأ ثم عاد. والعودة: المرة الواحدة...والعادة: الدربة والتمادي في شيء حتى يصير له سجية. ويقال للمواظب على الشيء: المعاود»[2].

١- معجم مقاييس اللغة، ٤/ ٢٨١، و انظر أيضا: كتاب العين للخليل بن أحمد الفراهيدي:٢/١٢١ ١٢٢، ولسان العرب: ١٠/١١٢.

٢- معجم مقاييس اللغة، ٤/ ١٨١-١٨٢، وكتاب العين:٢/٢١٧ ٢١٨.

ب- **تعريفهما اصطلاحا:**

عرفهما الشيخ ابن عابدين فقال « العرف هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول، والعادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية؛ بيانه أن العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق(أي ما ينطبق عليه من حالات)[1] وإن اختلفا من حيث المفهوم»[2].

وقال الشيخ وهبة الزحيلي في تعريف العرف:« هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهو بمعنى العادة الجماعية»[3].

وباعتبار أن الترك هو فعل عند الأصوليين، يكون من جملة العرف تعارف الناس ترك فعل من الأفعال وهجرهم له.

٢. **أقسام العرف:**

ينقسم العرف تقسيمات عدة باعتبارات مختلفة؛ فهو باعتبار متعلقه ينقسم إلى عرف قولي وعرف عملي، وباعتبار حكمه ينقسم إلى عرف صحيح وعرف فاسد، وباعتبار شموليته ينقسم إلى عرف عام وعرف خاص.

أ- **العرف القولي:** هو تعارف الناس إرادة معنى من اللفظ أخص من الإطلاق اللغوي،

١- أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي:ص:٨٢٩.

٢- ص: ١١٥ من رسالة « نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف» ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين، للعلامة السيد محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين.

٣- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص: ٨٢٨،

كتعارفهم إطلاق لفظ البيت على السكنى، مع أنه في اللغة يشملها ويشمل المساجد لقول الله تعالى: ﴿ فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ يُسَبِّحُ لَهُۥ فِيهَا بِٱلْغُدُوِّ وَٱلْآصَالِ ﴾ (النور:٣٦)، وكتعارفهم إطلاق لفظ اللحم على ما عدا لحم الحيتان مع أنه يشملها لقوله تعالى: ﴿ وَمَا يَسْتَوِى ٱلْبَحْرَانِ هَٰذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ سَآئِغٌ شَرَابُهُۥ وَهَٰذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾ (فاطر:١٢)، وتعارفهم إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى.

ب- **العرف العملي**: هو ما جرى عليه الناس وألفوه في معاملاتهم؛ كتعارف الناس البيع بالتعاطي، بأن يدفع المشتري الثمن ويأخذ السلعة من التاجر من غير أن يستخدما صيغ البيع المعهودة من الإيجاب والقبول. وتعارفهم أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بعد أن تقبض جزءا من مهرها.

ج- **العرف الصحيح**: وهو الذي لا يناقض أدلة الشريعة و نصوصها وليس فيه تفويت مصلحة ولا جلب مفسدة، وإن لم يرد به نص خاص[١].

د- **العرف الفاسد**: هو العرف الذي يصطدم بنصوص الشريعة وأحكامها أو يجلب ضررا أو يفوت نفعا[٢].

هـ- **العرف العام**: هو ما تعارفه أهل البلدان جميعا في زمن من الزمان، كتعارفهم عقد الاستصناع، ودخول الحمام من غير تقدير مدة المكث فيه وتعداد الماء الذي يستهلكه[٣].

و- **العرف الخاص**: هو تعارف أهل بلدة معينة أو إقليم أو طائفة أو قبيل معين من الناس أو أهل صناعة أو أرباب حرفة، كتعارف أهل العراق على إطلاق لفظ الدابة على الفرس مع أنها في أصل اللغة اسم لكل ما يدب على

١- تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية: ص:١١٤، ومصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه: ١٤٦.

٢- نفسه.

٣- الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين: ٤٢، وأصول الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي: ٨٢٩.

الأرض، وتعارف التجار على اعتبار الدفاتر التي تقيد فيها الديون حجة في إثبات هذه الديون.

٣. علاقة العرف بالنظر المصلحي:

لعله قد اتضح من خلال تعريف العرف العلاقة بينه ومراعاة المصلحة؛ إذ لا يتعارف الناس أمرا حتى تألفه نفوسهم وتركن إليه عقولهم، ولا يتم ذلك إلا إذا كان محققا لمصالحهم وملبيا لحاجاتهم. كما اتضح ذلك أيضا من خلال تعريف العرف الصحيح، إذ أن من شرط صحته أن لا يفوت مصلحة ولا يجلب مفسدة؛ وهذا من مقتضى اعتبار جزئيات الشريعة الإسلامية بكلياتها كما تقدم من قبل.

وأرى أن اعتبار الشرع للعرف يرجع إلى الأسباب الآتية:

أ- أن الشرع قد جاء بجلب المصالح ودفع المفاسد حتى صار من المقرر أن الأصل في المنافع الإذن وفي المضار المنع. ثم إن كثيرا من المصالح الدنيوية ومفاسدها تدرك بالعقول والتجارب، خاصة ما كان منها من جانب الوسائل؛ فما أدرك الناس بعقولهم وتجاربهم أنه من مصالحهم ألفوه وتعارفوا فعله، وما أدركوا أنه من المفاسد أنكروه وتعارفوا تركه؛ ومن ثم كان طبيعيا أن يعتبر الشرع عرف الناس ما دام لا يتعارض مع مقاصده وأحكامه.

ب- أن الشرع قد منع التكليف بما لا يطاق، وتقدير طاقات الناس وحدود ما يشق عليهم وما هو دون ذلك أمر يرجع فيه، في كثير من الحالات، إلى عادات الناس وأعرافهم. ومن ثم ترك الشرع تنزيل كثير من المطلوبات إلى أعراف الناس حتى لا يجحف بهم، ومثل ذلك تقدير النفقات ومقدار الصداق ومتعة الطلاق. قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (البقرة:٢٣٣)، وقال أيضا في تتمة الآية: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ

عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ وقال: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة:٢٣٦)، وقال سبحانه: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة:٢٤١).

ت- أن العبرة في الشريعة الإسلامية إنما هي للمعاني المقصودة من الأقوال والأفعال، وعليه كان لزاما الأخذ بأعراف الناس في كلامهم، إذ هي معبرة حقيقة عن قصودهم ومرادهم من كلامهم وأفعالهم؛ يقول الإمام الباجي: «العادة معنى يتعلق به القصد»[1]. ويقول الدكتور عمر الجيدي: « العرف اللفظي بصفة عامة تتألف به لغة جديدة تكون هي المعتبرة في تنزيل كلام الناس عليها وتحديد ما يترتب على تصرفاتهم القولية من حقوق وواجبات بحسب المعاني، واللغة العامية في كل مكان من هذا القبيل؛ فيحمل كلام الناس على معناه المتعارف بينهم.ومن حيث العرف العملي أو الفعلي، نلاحظ أنه في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام، وتقييد آثار العقود وتحرير الالتزامات على وفق المتعارف، وذلك في كل موطن لا يصادم فيه العرف نصا تشريعيا»[2].

ث- أن أعراف الناس معبرة عن رضاهم بالشيء المتعارف عليه، فيجب أخذ العرف بعين الاعتبار في الأحكام التي مناطها على رضا المكلفين، ولذلك قال الفقهاء:«المعروف عرفا كالمشروط شرطا»، وقالوا بأن «العادة محكمة». ومن ثم طرح مالك رحمه الله تعالى كل صيغ الإيجاب والقبول في البيع، وقال بعبارة جامعة: ما عده الناس بيعا فهو بيع، ولذلك صح عنده بيع المعاطاة المجرد من كل قول[3].

١- المنتقى: ٦/ ٥١٤ ٥١٥.

٢- نفسه، ص: ٢٣٨.

٣- المنتقى: ٦/ ٢٥.

ج- أن الضرورة أو ما في حكمها كالحاجة قد تكون باعثاً على تكوين العرف، فكثير من الأعراف ينبني على أساس من المشقة تستوجب التيسير في الحكم الشرعي، وعندئذ يكون العرف سبباً من أسباب إباحة الفعل أو تغيير الحكم، لأن في عدم اعتبار العرف حرجاً عظيماً على الناس[١].

٤. نماذج لاعتبار العرف عند الإمامين الباجي وابن العربي:

سأقدم هذه النماذج حسب تقسيم العرف إلى: عرف قولي وعرف عملي.

أ- نماذج للعرف القولي:

- إضافة الموجودات إلى أسبابه المباشرة بحكم العادة:

فقد جاء الشرع الحنيف بتقويم ألسنة المسلمين حتى تكون منطبقة مع عقيدة التوحيد التي استقرت في قلوبهم. وعلامة ذلك أن تنسب ألسنة الموحدين الأفعال كلها لله عز وجل؛ فهو سبحانه له الخلق والأمر، وهو وحده الذي يحيي ويميت، وهو الذي يولج الليل في النهار ويولج النهار في الليل.

غير أنه قد تجري على ألسنة المسلمين ألفاظ وعبارات تضيف حدوث مثل هذه الظواهر إلى أسبابها المباشرة بحكم العادة، دون أن يعني ذلك أن تلك الأسباب فاعلة في نزول المطر وأن لها تأثيرا فيه. فرأى مالك رحمه الله أن المسلم لا يكفر بتلك الأقوال، وذلك لما تقرر من اعتبار الشريعة لما انعقد في القلوب من نوايا وما تحصل في الصدور من اعتقادات.

ويشهد له ما رواه مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ كان يقول: «إذا أنشأت بحرية ثم تشاءمت فتلك عين غديقة.

قال الباجي: « يقول: إذا نشأت السحابة من ناحية البحر ثم استدارت، فصارت ناحية الشام، فذلك سحاب يكون منه المطر الغزير والغدق الغزير.

١- نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، وهبة الزحيلي، ص: ١٦١.

وروى ابن سحنون عن ابن نافع: سمعت مالكا يقول: معنى ذلك إذا ضربت ريح بحرية، فأنشأت سحابا ثم ضربت ريح من ناحية الشام، فتلك علامة المطر الغزير. وأما قوله:«فتلك عين غديقة» العين، مطر أيام لا يقلع، وأهل بلدنا يروون غديقة على التصغير.

وإنما أدخل مالك رحمه الله هذا الحديث بأثر حديث زيد بن خالد الجهني ليبين ما يجوز للقائل أن يقول، لما جرت به في كثير من البلاد بأن يمطروا بالريح الغربية، وفي بلاد بالريح الشرقية، فيستبشر منتظر المطر إذا رأى الريح التي جرت عادة ذلك البلد أن يمطروا بها، مع اعتقاده أن الريح لا تأثير لها في ذلك، ولا فعل ولا سبب، وإنما الله تعالى هو المنزل للغيث، وقد أجرى العادات بإنزاله عند أحوال يريها عباده. ولو جرت العادة بنزول المطر عند نوء من الأنواء، فاستبشر أحد لنزوله عند ذلك النوء على معنى أن العادة جارية به، وأن ذلك النوء لا تأثير له في نزول المطر، ولا هو فاعل له ولا أثر له فيه، وأن المنفرد بإنزاله هو الله تعالى، لما كفر بذلك، بل يعتقد الحق. وإنما كفر من قال: مطرنا بنوء كذا لإضافة المطر إلى النوء واعتقاده أن له فيه تأثيرا أو فعلا...فبان بذلك فضل مالك وعلمه بالأصول والفروع»[1].

يتبين من خلال ما تقدم أن العادة في تكون السحاب ونزول المطر في بلد ما تحدث عرفا عند أهل ذلك البلد في استبشارهم بالمطر وحديثهم عن نشوئه.فاقتضت المصلحة اعتبار عرفهم في كلامهم وعاداتهم في بلدانهم.

- رد الأيمان إلى العرف:

ومنه قول ابن العربي في قوله تعالى:﴿ لِتَأْكُلُواْ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾ (النحل:١٤) قال:«فسمى الحوت لحما، وأنواع اللحم أربعة: لحوم الأنعام، ولحوم الوحش، ولحوم الطير، ولحوم الحوت.

١- المنتقى: ٢/٣٨٨ ٣٨٩.

ويعمها اسم اللحم، ويخصها أنواعه، وفي كل نوع من هذه الأنواع تتشابه؛ ولذلك اختلف علماؤنا فيمن حلف ألا يأكل لحما؛ فقال ابن القاسم: يحنث بكل نوع من هذه الأنواع الأربعة.

وقال أشهب في المجموعة: لا يحنث إلا بأكل لحوم الأنعام دون الوحش وغيره، مراعاة للعرف والعادة، وتقديما لها على إطلاق اللفظ اللغوي، وهذا يختلف في البلاد، فإنه من كان بتنيس[1] أو بالفرما[2] لا يرى لحما إلا الحوت، والأنعام قليلة فيها، فعرفها عكس عرف بغداد، فإنه لا أثر للحوت فيها، وإنما المعول على لحوم الأنعام، وإذا أجرينا اليمين على الأسباب فسبب اليمين يدخل فيها ما لا يجري على العرف، ويخرجه منها، والنية تقضي على ذلك كله. وقد يقول الرجل: أشتري لحما وحيتانا فلا يعد تكرارا، والذي أختاره وإن لم يكن للحالف نية ولا سبب ما قاله أشهب»[3].

ووجه المصلحة في اعتبار عرف التخاطب هنا ظاهر، فإن الحالف لما أقسم على عدم أكل اللحم، كان ينوي نوعا معينا منه بحسب عرفه؛ فلو ألزمناه ترك اللحم بحسب مقتضى اللغة لحرمنا عليه كل ما يصلح أنه لحم لغة، وبذلك نكون قد حرمنا عليه طعاما طيبا حلالا، وفيه من الحرج والمشقة ما لا يخفى، قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمۡ وَلَا تَعۡتَدُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُعۡتَدِينَ ﴾(المائدة:٨٧).

ويتبين من ترجيحات ابن العربي للأسباب التي يناط بها البر والحنث في الأيمان أن أساس الترجيح هو اقترابها من النية في ذلك، فقد أناط الله تعالى الأيمان على النية فقال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَ﴾(المائدة:٨٩)، أي بما قصدتم عقده

١- تنيس: بكسرتين وتشديد النون وياء ساكنة والسين المهملة. جزيرة في بحر مصر قريبة من البر ما بين الفرما ودمياط، والفرما في شرقيها. معجم البلدان: ١/ ٤٣٠.
٢- الفرما: مدينة على الساحل من ناحية مصر. معجم البلدان:٣/٣٢٦.
٣- أحكام القرآن: ٣/١٢٦ ١٢٧.

بقلوبكم. قال ابن العربي:« اليمين خبر يقوم بالقلب عن معنى يلتزمه العبد مربوطا بإقدام أو إحجام يقع عنه التعبير باللفظ فيخبر بلسانه عما ربط بقلبه، والمعول على ما يستقر في النفس من ذلك، لا ما يجري على اللسان»[1]. فلذلك كان الاعتبار بالنية أولا؛ فإن لم تكن فالسبب الذي انعقدت عليه اليمين، لأنه قرينة قوية في الدلالة على القصد؛ وفي درجة تالية له بساط الحال، ومعناه الرجوع إلى الحال التي انعقدت فيها اليمين لتنقيح القصد الذي انعقدت عليه، فإن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال. ثم العرف؛ فإنه أعم في الدلالة على النية من المراتب المتقدمة، ثم اللغة.

والغرض من كل ذلك هو تحري أن لا يلزم الحالف إلا بما قصد أن يقسم عليه.

- الحلف بالصدقة بالمال:

فمن حلف أن يتصدق بماله فإنه يحمل على الثلث اعتبارا بعرف الشارع في ذلك. قال الباجي: « أما الصدقة فقد نص أصحابنا على أن الذي يجب في أشد ما اتخذ رجل على رجل أن يتصدق بثلث ماله، وهذا مبني على التعلق بالعرف؛ لأن أكثر من يحلف إنما يحلف بصدقة ماله؛ ويجب بذلك عند المالكيين الثلث؛ لأن عرف الشرع متعلق به دون غيره من المقادير. ولو تعلق به ذلك بأكثر مما يلزم من ذلك من غير عرف، لوجب عليه أكثر ماله أو جميعه على حسب ما لزم بالصدقة أو بالجزء الشائع. لكنه لا يجيء على قول أصحابنا إلا التعلق بالأكثر مع العرف والعادة على قول أهل بلدنا، والتعلق بالعرف خاصة عند القرويين[2].

ووجه المصلحة في رد المتصدق بماله إلى الثلث أنه أراد من حلفه ذاك أن يخرج أكثر ماله، وأكثر ما سمح به الشرع هو الثلث كما قال النبي ﷺ

١- القبس: ٢/٦٦٨.

٢- المنتقى: ٤/ ٥٠٢.

لسعد بن أبي وقاص لما أراد أن يتصدق بماله: الثلث والثلث كثير[1]. ففي رده إلى عرف الشارع جمع بين مصلحة بر اليمين ومصلحة حفاظه على ماله. وفي مثل هذا قال ابن العربي: « قال علماؤنا: إذا التزم صدقة في نذر اللجاج أو ابتداء... وقال: مالي صدقة، قالوا: يلزمه الثلث»[2].

- اعتبار العرف في الألفاظ التي يفهم منها القذف:

فإنه لما كان القذف يوجب الحد صيانة للأعراض، لزم أن لا يؤخذ المرء به بالشبهة من جهة؛ و لا أن يضيع حق العرض بالتعريض من جهة أخرى. ولزم من ذلك أن تناط الألفاظ المراد بها القذف بعرف الناس، لأن المقصود بالقذف الحط من كرامة المقذوف عند من يسمع كلام القاذف؛ ولا يكون ذلك إلا بما عهد الناس أنه لفظ يفهم منه السب والشتم. فإن لم يفهم منه ذلك فلا شيء عليه.

ومن هذا ما قال الباجي:« إذا قال الرجل للرجل: لا أب لك! ففي الموازية: لا شيء عليه؛ إلا أن يريد به النفي، وهذا مما يقوله الناس على الرضا. وأما من قال على المشاتمة والغضب فذلك شديد وليحلف ما أراد نفيه. ومعنى ذلك أن هذا لفظ جرت عادة العرب باستعماله على وجه غير النفي، فإذا اقترن بذلك من شاهد الحال ما يدل على أن المراد به غير النفي فهو محمول على المعتاد، وإذا اقترن به من المشاتمة والمضاجرة ما يقوي شبهة القذف أحلف أنه ما أراد القذف لما احتمل الأمرين فإن حلف برئ.

ومن قال لرجل: «ليس لك أصل ولا فصل!» ففي الموازية: لا حد عليه، وقال أصبغ: فيه الحد. وقيل: إلا أن يكون من العرب ففيه الحد. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه إن قاله في مشاتمة، فإن لم يكن من العرب ففيه الأدب الخفيف مع السجن، وإن قاله لعربي حد؛ لأنه قطع نسبه إلا أن يعذر بجهل

١- الموطأ، كتاب الأقضية، باب الوصية في الثلث لا تتعدى.

٢- القبس: ٢/ ٦٦١ ٦٦٢.

فيحلف ما أراد قطع نسبه، وعليه ما على من قاله لغير العربي، وإن لم يكن يحلف حد.

ووجه القول الأول أن هذا اللفظ قد يستعمل على غير وجه القذف وقطع النسب، وإنما يراد به أن ينسب إلى الضعة والخمول ونفي الشرف فلا يجب ذلك الحد، وإنما يجب به العقوبة.

ووجه قول أصبغ أن مقتضى اللفظ في موضوع اللغة نفي النسب، ولا يكاد يستعمل إلا في مشاتمة فحمل على ذلك. ووجه الفرق بين العرب والعجم أن العرب هي التي تتعلق بالأنساب، ويتواصل بها وتتفاخر باتصالها وتذم بانقطاعها فاختص هذا الحكم بها»[1].

وقد اتضح بهذا المثال أن التحقيق في لفظ: «ليس له أصل ولا فصل» تم بناء على العرف العام؛ وهو عرف العرب دون العجم، ثم مقتضى اللغة؛ فإنه موضوع في اللغة لنفي النسب، ثم لبساط الحال؛ وهو المشاتمة، وكل ذلك لتنقيح قصد المتكلم منه.

ب- **العرف العملي**: ويرجع إليه في عدة أمور منها:

- **تقدير الصداق بالعرف:**

فقد أوجب الله تعالى الصداق في النكاح فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۖ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ ۚ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ۚ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (النساء:٢٤)، وأوجبه تعالى بالمال فقال: ﴿أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾. وفي تحقيق معنى المال قال ابن العربي: « لما أمر الله تعالى بالنكاح بالأموال لم يجز أن يبذل فيه ما ليس بمال، وتحقيق المال ما تتعلق به الأطماع، ويعتد للانتفاع، هذا رسمه

١- المنتقى: ١٦٩/٩.

في الجملة، وفيه تفصيل وتحقيق ... يترتب عليه أن منفعة الرقبة في الإجارة مال، وأن منفعة التعليم للعلم كله مال»[1].

وأما في بيان القدر الذي يصح به النكاح، إذا لم يحدد عند العقد، فقد أناطه ابن العربي بالعرف، أي ما يكون في عرف الناس مالا تتعلق به النفوس وتقبل به مهرا.

ففي تقديره بالعين قال ابن العربي: « قال الله سبحانه: ﴿ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم ﴾ مطلقا، فتعلق الشافعي بهذا الإطلاق في جواز الصداق بكل قليل وكثير، وعضد ذلك بحديث الموهوبة في الصحيح في قولهﷺ: «التمس ولو خاتما من حديد». ولنا فيه طرق؛ أقواها أن الله تبارك وتعالى لما حرم استباحة هذا العضو وهو البضع إلا ببدل، وجب أن يتقرر ذلك البدل؛ بيانا لخطره وتحقيقا لشرفه، لاسيما وهو حق الله تعالى؛ وحقوق الله مقدرة كالشهادات والكفارات والزكاة ونصب السرقة والديات. وقد مهدنا ذلك في مسائل الخلاف؛ فوجب أن يتخصص هذا الإطلاق بهذه الأدلة، لا سيما ومساق هذا اللفظ إيجاب البدل، وليس المقصود الإشارة بعمومه. فأما حديث خاتم الحديد فخاتم في العرف يتزين به، قيمته أكثر من ربع دينار، وهذا ظاهر»[2].

وفي تقديره بالمنفعة قال: « إذا ثبت جواز الصداق إجارة ففي قوله: ﴿ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ﴾ (القصص:٢٧) ذكر للخدمة مطلقا. وقال مالك: إنه جائز، ويحمل على المعروف.

- اعتبار العرف في لزوم إرضاع الزوجة للولد:

قال ابن العربي: قد بينا في سورة البقرة شيئا من مسائل الرضاع، ووضحنا أنه يكون تارة على الأم، ولا يكون عليها تارة.

١- أحكام القرآن: ١/٤٩٧، ٤٩٨.

٢- أحكام القرآن: ١/٤٩٧.

وتحريره أن العلماء اختلفوا فيمن يجب عليه رضاع الولد على ثلاثة أقوال: الأول: قال علماؤنا: رضاع الولد على الزوجة ما دامت الزوجية، إلا لشرفها أو مرضها فعلى الأب حينئذ رضاعه في ماله.

الثاني: قال أبو حنيفة والشافعي: لا يجب على الأم بحال.

الثالث: قال أبو ثور: يجب عليها في كل حال.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ (البقرة:٢٣٣). وقد مضى في سورة البقرة أنه لفظ محتمل لكونه حقا عليها أو لها، لكن العرف يقضي بأنه عليها، إلا أن تكون شريفة، وما جرى به العرف فهو كالشرط حسبما بيناه في أصول الفقه من أن العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام والعادة إذا كانت شريفة ألا ترضع فلا يلزمها ذلك»[١].

- اعتبار العرف في تقدير النفقة في الطلاق في قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ (الطلاق:٧)، قال ابن العربي: «هذا يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعا، وإنما تتقدر عادة بحسب الحالة من المنفق والحالة من المنفق عليه، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة»[٢].

وقد بين ابن العربي وجه المصلحة في الرجوع إلى العرف فقال: « وينظر المفتي إلى قدر حاجة المنفق عليه، ثم ينظر إلى حالة المنفق؛ فإن احتملت الحالة الحاجة أمضاها عليه، وإن قصرت حالته عن حالة المنفق عليه ردها إلى قدر احتمال حاله لقوله تعالى: ﴿ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ﴾ (الطلاق٧)؛ فإذا كان للعبد ما يكفيه، ويفضل عنه فضل أخذه ولده ومن يجب عليه الإنفاق؛ وإنما يبدأ به أولا، لكن لا يرتفع له؛ بل يقدر له الوسط، حتى إذا استوفاه عاد الفضل إلى سواه.

١- أحكام القرآن: ٢٨٨/٤.

٢- أحكام القرآن: ٢٨٩/٤.

والأصل فيه قول النبي ﷺ لهند: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف؛ فأحالها على الكفاية حين علم السعة من حال أبي سفيان الواجب عليه بطلبها.

وفي تقدير الإنفاق قال ابن العربي:« قد بينا أنه ليس له تقدير شرعي، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام.

- **إجازة الإجارة المطلقة وتقييد عوضها بالعرف:**

ففي قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ (القصص:٢٧)، قال ابن العربي:« قال علماؤنا: إن كان آجره على رعاية الغنم فالإجارة على رعاية الغنم على ثلاثة أقسام: إما أن تكون مطلقة، أو مسماة بعدة، أو معينة.

فإن كانت مطلقة جازت عند علمائنا. وقال أبو حنيفة والشافعي: إنها لا تجوز لجهالتها.

وعول علماؤنا على العرف، وأنه يعطي على قدر ما تحتمل قوته. وزاد بعض علمائنا أنه لا يجوز حتى يعلم المستأجر قدر قوته»[١].

- **تقدير مدة الخيار في المبيع:**

فقد شرع الإسلام للمتبايعين أن يشترط أحدهما الخيار على صاحبه مدة مقدرة بزمان يمكن خلالها اختبار المبيع، قال رسول الله ﷺ:« المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار»[٢].

والخيار في البيع لا يقدر بمدة معينة، بل ذلك بقدر ما يحتاج إليه المبيع من مدة النظر إليه والاختبار له والسؤال عنه، وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات.

١- أحكام القرآن: ٥٠١/٣.

٢- الموطأ، كتاب البيوع، باب بيع الخيار.

فإذا شرط الخيار ولم يقرر المدة،

فهل يكون خيارا مجهول الأجل فيبطل به البيع، أم يحال تقدير المدة على العرف؟.

قال الباجي: «لم يبطل البيع، وحكم في ذلك بمقدار ما تختبر به تلك السلعة في غالب العادة، وقال أبو حنيفة والشافعي: يبطل العقد. والدليل على ما نقوله أن هذا الخيار له قدر في الشرع، وذلك قدر الحاجة إليه في كل نوع من المبيع. فإذا أخلاَّ بذكره، فقد دخلا على المعروف، ألا ترى أنهما لو زادا عليه لفسد العقد به، ولم يثبت لهما ما زاداه»[1].

ووجه المصلحة في رد مدة الخيار إلى العرف هو أنه ضابط معتبر معروف لدى المتعاقدين لاختبار المبيع. إذ لما أحيل تقدير المدة إلى العرف انتفى الغرر من جهة الجهل بأجل البيع، وأصبحت المدة مقدرة ومعروفة عند كل من المتبايعين بحسب السلعة التي عقدا عليها البيع، وحصل التراضي بينهما فلم يكن أي وجه لإبطاله، فكان الأوفق بهما هو إمضاء البيع وتحقق المصلحة المرجوة منه وهي إفادة الملك.

- **تقدير مدة الانتفاع بالعارية:**

وقد أشار إليها الباجي في سياق استدلاله على مسألة فقهية فقال: «العارية لا تقتضي تمليك الرقبة، وإنما تقتضي الإرفاق بالمنافع مدة، فإن لم تكن المدة مقدرة بالأجل، رجع في ذلك إلى العرف والعادة»[2].

- **حمل العقود المطلقة على العرف:**

وإطلاقها قد يكون من جهة المعقود عليه، أو صفاته، أو قدره، فيختلف المتعاقدان في واحد من تلك الأمور، فإذا اختلفا فالقول قول مدعي العرف.

١- المنتقى: ٦/٤٣٣.

٢- المنتقى: ٧/٤١٣.

قال الباجي: «لو قال الصانع لم تأمرني بشيء، وقال صاحبه أمرتك بكذا، ففي كتاب محمد في الخائط يقطع الثوب قميصا، فيقول صاحبه: أمرتك بقطعه فرملا: أن الخياط مصدق، ولا يضمن إذا حلف، إلا أن يقطعه قطعا لا يلبسه الآمر.

وقال ابن ميسر: إذا أقر الصانع أنه لم يأمره بشيء، فهو معتد...وجه قول ابن ميسر أنه أقر الصانع أنه لم يؤمر بشيء، فهو متعد لإقدامه على العمل دون صفة ودون ما يقوم مقامها من العرف[1].

وفي المدونة من قول مالك في الرجل يأمر الرجل يشتري له خادمة ولا يصفها له، أنه إن اشترى له من يكون مثلها من خدمه لزمت الآمر. وهذا التخصيص بالعرف، ولولا العرف للزمه أي خادم اشترى له، إذا اقتضى اللفظ ذلك وتعدى عما يصرفه عن مقتضاه[2].

- **العمل في المساقاة:**

قال الباجي: « إن سنة المساقاة أن يكون على العامل جميع العمل، وجميع المؤنة والنفقة والأجراء والدواب والدلاء والحبال والآلات من حديد، وغيره...ووجه ذلك ما قدمناه من مآل هذه المعاني كلها إلى العمل، وهو مما يختص بالعامل.

إذا ثبت ذلك، فإن العمل يكون معلوما، فما كان له عرف قام مقام الوصف، وما لم يكن له عرف فلا بد من وصفه من عدد الحرث والسقي، وسائر العمل»[3].

- **حمل المال على الغالب من نقود البلد:**

فمن أوصى ولم يسم ماله فقال: لفلان مائة، ولم يقل من أي شيء، ففي

١- المنتقى: ٧/٤٥٥ ٤٥٦ ٤٥٧.

٢- المنتقى: ٧/ ٤٥٧.

٣- المنتقى: ٧/١٧.

العتبية من رواية يحيى بن يحيى أن مالكا رأى أن له مائة درهم. وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية: إن كان في بلدة الغالب عليها الدنانير فله دنانير، وإن غلب فيها الدراهم فله دراهم، فإن كان فيها الأمران فله دراهم، وهي الأقل حتى يوقن أنه أراد الأكثر، أو يستدل على مراده مثل أن يقول: لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة فيكون له مائة دينار. وفي الواضحة عن أصبغ: لو قال: أعطوه طعاما ولم يقل قمحا ولا شعيرا، فليعط من القمح؛ لأنه الغالب في الناس.

ووجه ذلك الاعتبار بالعرف، وذلك يتقرر بالشرع وعرف المخاطبة، فإذا عدم العرف فغيره من الأدلة. وذلك بأن يحمل السهم على أقرب مذكور، ومثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة والظاهر أنه أراد مائة مما عطفت عليه إن كان جنسا واحدا فإن كانت أجناسا فأحسن ذلك به ما هو أقرب إليه[1].

فوجه المصلحة في الرجوع إلى العرف هو أنه الأقرب إلى تحديد مراد الموصي وقصده من وصيته. فإنه يتعامل غالبا بنقد بلده، فإن أوصى حملت وصيته على الغالب من تعاملاته. فإن عدم العرف بأن تعددت الأموال التي يتعامل بها انتقل إلى تحليل خطاب وصيته لبيان مراده منها وجنس المال الذي أوصى به.

- الفصل في الخصومات والمنازعات:

فالعرف يقوم قرينة في الأحكام القضائية، فمن لم تكن عنده بينة أو شهود و ادعى ما يشهد له به العرف قبلت دعواه. يقول الدكتور الجيدي: « ففي اعتبار العرف تسهيل على القضاء، لأنه يحل محل النصوص التفصيلية في الأحكام عند خفائها أو فقدانها، اعتمادا على مألوف الناس ومعهوداتهم في كثير من الوقائع الواقعة أو المتوقعة. ويتفق الفقهاء القانونيون المعاصرون

١- المنتقى: ١٢٦/٨.

على أن النصوص لا تغني عن العرف، إذ النصوص لا يمكنها أن تستوعب جميع الجزئيات والتفاصيل»[1]. ومنه:

- القول في قبض العوض قول مدعي العرف:

وبهذا الضابط يفصل بين الزوجين إن اختلفا في قبض الصداق واتفقا على قدره وجنسه؛ قال الباجي: « فإن كان ذلك قبل البناء، فالقول قول الزوجة إن كانت ثيبا، أو وليها إن كانت بكرا. فإن كان ذلك بعد البناء، فالقول قول الزوج خلافا لأبي حنيفة والشافعي. والدليل على ما نقوله أن هذا مبني على أصلين، أحدهما: أن العادة جارية في معظم البلاد بل جميعها أن معجل الصداق لا يتأخر قبضه عن البناء، والثاني: أن القول في قبض العوض قول مدعي العرف. ولذلك قال مالك فيما جرت العادة بقبض ثمنه من الطعام: إذا ادعاه بعد قبض الطعام وبعد ما فارقه البائع، وكذلك الصرف، فإذا كان العرف دفع الصداق المعجل قبل البناء، وادعى الزوج من ذلك ما يشهد به العرف وجب أن يكون القول قوله. ولذلك قال مالك في الراهن يقبض رهنه، ويدعي دفع الدين أن القول قوله.

قال مالك: ولو حل المؤجل قبل البناء لكان القول قول الزوج في دفع العين والعروض والحيوان، وهذا معنى ما في المدونة. وقد قال القاضي أبو إسحاق: وإن ذلك إنما هو في بلد عرفه تعجيل النقد عند البناء، فأما بلد لا عرف فيه بذلك، فالقول قول الزوجة. وقال القاضي أبو محمد: إنما ذلك إذا لم يثبت ذلك في صداق، فلا يكون القول قول الزوج بالبناء، وما قدمناه أظهر لما بيناه، والله أعلم»[2].

- **التمييز بين هبة الثواب وغيرها:**

فالواهب إذا وهب وشرط الثواب فلا خلاف في أن هبته محمولة على الثواب، وأما إن وهب من غير شرط ثم ادعى أنه قصد الثواب وطلبه فينظر

١- مباحث في المذهب المالكي بالمغرب:٢٣٢.

٢- المنتقى ٥/ ١١١.

إلى هبته، فإن كانت هبته من جنس ما لا يوهب للثواب فدعواه غير صحيح وقوله مردود ولا شيء له من العوض. وإن كانت هبته من جنس ما يوهب للثواب قبل قوله.

وتمييز جنس الهبة التي يقصد بها الثواب من غيره يرجع فيه إلى العرف والعادة.ومثل ذلك الفاكهة، فلم تجر العادة بطلب الثواب على ما يوهب منها للقادم ومثله، وإنما جرت العادة بأن توهب على سبيل التآلف، فكانت محمولة على غالب المعتاد إلا أن يشترط غير ذلك فيها[١].

ومنه ما يوهب من الهدايا عند الخطبة والزواج، فإنه محمول على الثواب. قال الباجي: «وما جرت عادة الناس ببلدنا من إهداء الناس بعضهم إلى بعض الكباش وغيرها عند النكاح، هذا قال الشيخ أبو عبد الله بن العطار: إن ذلك على الثواب، وكذلك رأيت القضاء في بلدنا. قال أبو عبد الله: لأن ضمان المهديين والمهدى إليهم على ذلك، يريد أنه المعروف؛ قال: وذلك كالشرط»[٢].

- **تقدير خدمة الرجال أزواجهم:**

فقد أحال الله تعالى العلاقة بين الأزواج على المعروف والحقوق المتبادلة فقال: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة:٢٢٨). ومن جملة الحقوق التي للزوجات على الأزواج حق الخدمة، وتقديره موكول إلى العرف. قال ابن العربي في قوله تعالى﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ ۚ أَفَبِٱلْبَٰطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ ٱللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾(النحل٧٢): «قال علماؤنا: يخدم الرجل زوجه فيما خف من الخدمة ويعينها.وقد قالوا في موضع آخر: يخدمها.وقالوا في موضع آخر:ينفق على خادم واحدة.وفي رواية على أكثر من واحدة على

١- المنتقى:٨/٩.

٢- المنتقى: ٨/ ١٠٩.

قدر الثروة والمنزلة؛ وهذا أمر دائر على العرف والعادة الذي هو أصل من أصول الشريعة؛ فإن نساء الأعراب وسكان البادية يخدمن أزواجهن حتى في استعذاب الماء وسياسة الدواب.ونساء الحواضر يخدم المقل منهم زوجه فيما خف ويعينها. وأما أهل الثروة فيخدمون أزواجهم ويترفهن معهم إذا كان لهم منصب في ذلك، وإن كان أمرا مشكلا شرطت عليه الزوجة ذلك، فتشهد عليه أنه قد عرف أنها ممن لا تخدم نفسها، فالتزم إخدامها؛ فينفذ ذلك عليه، وتنقطع الدعوى»[1].

يتبين إذن من كل ما تقدم التأثير البالغ للعرف في إنشاء الأحكام وإمضاء التصرفات وتصحيح العقود، ونخلص من كل ذلك أنه أصل مصلحي مرن اعتبره الشارع الحكيم ليساير تطورات الحياة وتقدم الحضارات وتبدل أساليب المعيشة. ومن أجل تقدير المصالح المرتبطة بأعراف الناس يلزم المجتهد أن يعرف أحوالهم وأعرافهم وتقاليدهم حتى تكون اجتهاداته أقرب إلى مقاصد الشارع ومتحلية بالعدل والإنصاف.

١- أحكام القرآن: ٣/ ١٤٢ ١٤٣.

خاتمة

في ختام هذه الدراسة، سأسعى إلى تسطير أهم النتائج التي توصلت إليها في شكل قواعد وضوابط، تلخص قواعد النظر المصلحي عند الإمامين الباجي وابن العربي. وأسوقها على النحو التالي:

- المصلحة: هي في كل معنى قام به قانون الشريعة وحصلت به المنفعة العامة في الخليقة.
- الحسنة المتعدية أفضل من القاصرة على الفاعل في كل حال ولكل معنى.
- الضرر هو الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربى عليه.
- حقيقة الخير ما زاد نفعه على ضره، وحقيقة الشر ما زاد ضره على نفعه.
- الخير الذي لا شر فيه هو الجنة.
- الشر الذي لا خير فيه هو جهنم.
- الخير والشر موضوعان في الدنيا على المقابلة بين الضر والنفع، ورجحان النفع في جانب الخير، ورجحان الضر في جانب الشر.
- حقيقة النفع كل لذة لا يتعقبها عقاب ولا تلحق فيه ندامة.
- على المقاصد انبنت أحكام الشريعة وبالمصالح ارتبطت.
- الغالب في أحكام الشرع اتساقها في نظام التعليل.
- فرض على المجتهد إذا جاء حكم وعرضت نازلة أن يلحظ سبيل التعليل ويدخلها في محك السبر والتقسيم، فإن انقدح له معنى مخيل أو ظهر له لامع من تعليل فينبغي له أن يجعله مناط حكمه.
- العبادات: لا يجري فيها تعليل بحال لأن يعقل معناها.

- المعاملات يجري فيها التعليل قطعا.
- الإمام المقتدى به يلزمه أن يكف عن بعض المباح المشابه للمحظور ولا يفرق بينهما إلا أهل العلم لئلا يقتدي به من لا يعرفه.
- مراعاة المشقة العامة أولى من المشقة الخاصة.
- دفع المضرة عن الدين أولى من جلب المنفعة للبدن.
- احتمال الأذى في العرض أخف من احتمال الأذى في النفس.
- يدفع الضرر بأقل منه.
- لا يراعى الأمر الموهوم في مقابل الفساد المتوقع.
- إذا اجتمعت مضرتان تدفع الأعلى بالأدنى ويقدم المتحقق على المتوهم.
- يرفع أهون الضررين بأعظم منه.
- الشريعة تبني الأمر على الممكن في الوجود والغالب في الأحوال.
- التوصل إلى المباح بالمحظور لا يجوز.
- المقاصد إذا حصلت لم يسأل عن أسبابها.
- ينتفي الشيء بانتفاء فائدته، إذ الشيء إنما يراد لمقصوده، فإذا عدم المقصود فكأنه لم يوجد.
- بأي وجه حصل الغرض جاز.
- كل من قصد باطلا في الشريعة نقض عليه قصده، تحقق ذلك منه أو اتهم به إذا ظهرت علاماته.
- كلام الناس يرتبط بالأغراض والمقاصد.
- لا يرفع الشيء إلا بما يضاده.
- المعول على الفهم.
- اللفظ بمعناه.

- الأسماء بمعانيها.
- الشريعة إذا علقت الأحكام بالأسباب الباطنة أقامت الظاهر مقامه.
- المراد هو الوجود الحكمي وليس الوجود الحسي.
- الحكم إن علق على العين فالمفهوم منه المقصود من العين.
- إذا وقع السؤال على عين من الأعيان انصرف بالعرف والعادة إلى المنافع المقصودة منه.
- مقاصد الألفاظ أصل يرجع إليه.
- مراعاة القاعدة أولى من مراعاة الألفاظ.
- تحمل الألفاظ على المقاصد.
- في اتباع الظاهر على وجهه هدم للشريعة.
- العموم يكون عموما بالقصد المقارن للقول، فما قطع على أن القائل لم يقصده لا يتناوله
- القول .
- لا يتناول الحكم في العموم ما يعترض عليه بالإبطال.
- العموم تخصه قاعدة الضرر والفساد.
- التضييق في الدين حكمه حكم الإبطال.
- ما كان مصروفا إلى اجتهاد الإمام يفعله إذا رأى ذلك ويتركه إذا رأى ذلك، وما حد بالشرع ليس له النظر فيه.
- الأمير مقدم للنظر والمصلحة، نائب عن الجميع في جلب المنافع ودفع المضار.
- الأحكام العامة التي هي مصروفة إلى الأئمة لا يمضي فيها إلا ما يراه الإمام ويؤديه إليه اجتهاده دون رأي المحكوم عليه.

- الأحكام لا تجري عند الخلاف إلا على ما رآه الإمام الذي يحكم في ذلك.
- الإمام يلزم الناس الرجوع إلى اجتهاده وله أن يأخذ الناس بما يراه الصواب.
- كل ما اختلف فيه العلماء فإن الرجوع فيه ،في كل عصر من الأعصار، إلى إمام ذلك العصر إذا ظهر ذلك إليه ووقع فيه الاختلاف.
- يجب متابعة الإمام وترك إظهار الخلاف له وإن اعتقد معتقد أن الإمام ترك الأفضل، فإنه يجب عليه ترك الخلاف له.
- للإمام أن يمنع من الأمور العامة والمنافع التي يشترك فيها المسلمون لما يراه من المصلحة.
- التحريم المخفف أولى أن يقتحم من التحريم المثقل.
- كل أمر احتيج إلى تحديده ولم يرد في الشرع تحديده فإن الرجوع فيه إلى العرف والعادة.
- الاشتراك في السبب يوجب الاشتراك في المسبب، ويمنع من التفاضل في المسبب مع الاستواء في السبب.

وبعد ، فأسأل الله تعالى أن يرزقني العزيمة على مواصلة البحث في مجال مقاصد الشريعة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.



١- الشهود الحضاري للأمة الوسط في عصر العولمة.

د.عبد العزيز برغوث.

٢- عينان مطفأتان وقلب بصير(رواية).

د. عبد الله الطنطاوي.

٣- دور السياق في الترجيح بين الأقاويل التفسيرية.

د. محمد إقبال عروي.

٤- إشكالية المنهج في استثمار السنة النبوية.

د. الطيب برغوث.

٥- ظلال وارفة (مجموعة قصصية) .

د. سعاد الناصر(أم سلمى).

٦- قراءات معرفية في الفكر الأصولي.

د. مصطفى قطب سانو.

٧- من قضايا الإسلام والإعلام بالغرب.

د. عبد الكريم بوفرة.

٨- الخط العربي وحدود المصطلح الفني.

د. إدهام محمد حنش.

٩- الاختيار الفقهي وإشكالية تجديد الفقه الإسلامي.

د. محمود النجيري.

١٠- ملامح تطبيقية في منهج الإسلام الحضاري.

د. محمد كمال حسن.

١١- العمران والبنيان في منظور الإسلام.

د. يحيى وزيري.

١٢- تأمل واعتبار: قراءة في حكايات أندلسية.

د. عبد الرحمن الحجي.

١٣- ومنها تتفجر الأنهار(ديوان شعر).

الشاعرة أمينة المريني.

١٤- الطريق... من هنا.

الشيخ محمد الغزالي

١٥- خطاب الحداثة: قراءة نقدية.

د. حميد سمير

١٦- العودة إلى الصفصاف (مجموعة قصصية لليافعين).

فريد محمد معوض

١٧- ارتسامات في بناء الذات.

د. محمد بن إبراهيم الحمد

١٨- هو وهي: قصة الرجل والمرأة في القرآن الكريم.

د. عودة خليل أبو عودة

١٩- التصرفات المالية للمرأة في الفقه الإسلامي.

د. ثـريـة أقصـري ______________

٢٠- إشكالية تأصيل الرؤية الإسلامة في النقد والإبداع.

د. عمر أحمد بو قرورة ______________

٢١- ملامح الرؤية الوسطية في المنهج الفقهي.

د. أبو أمامة نوار بن الشلي ______________

٢٢- أضواء على الرواية الإسلامية المعاصرة.

د. حلمي محمد القاعود ______________

٢٣- جسور التواصل الحضاري بين العالم الإسلامي واليابان.

أ.د سمير عبد الحميد نوح ______________

٢٤- الكليات الأساسية للشريعة الإسلامية.

د. أحمد الريسوني ______________

٢٥- المرتكزات البيانية في فهم النصوص الشرعية.

د. نجم الدين قادر كريم الزنكي ______________

٢٦- معالم منهجية في تأصيل مفهوم الأدب الإسلامي.

د. حسن الأمراني ______________

د. محمد إقبال عروي ______________

٢٧- إمام الحكمة (رواية).

الروائي/ عبد الباقي يوسف ______________

٢٨- بناء اقتصاديات الأسرة على قيم الاقتصاد الإسلامي.

أ.د. عبد الحميد محمود البعلي

٢٩- إنما أنت... بلسم (ديوان شعر).

الشاعر محمود مفلح

٣٠- نظرية العقد في الشريعة الإسلامية.

د. محمد الحبيب التجكاني

٣١- محمد ﷺ ملهم الشعراء

أ. طلال العامر

٣٢- نحو تربية مالية أسرية راشدة.

د. أشرف محمد دوابه

٣٣- جماليات تصوير الحركة في القرآن الكريم .

د. حكمت صالح

٣٤- الفكر المقاصدي وتطبيقاته في السياسة الشرعية.

د. عبد الرحمن العضراوي

٣٥- السنابل... (ديوان شعر).

أ. محيي الدين عطية

٣٦- نظرات في أصول الفقه.

د. أحمد محمد كنعان

٣٧- القراءات المفسرة ودورها في توجيه معاني الآيات القرآنية.

د. عبد الهادي دحاني

٣٨- شعر أبي طالب في نصرة النبي ﷺ.

د. محمد عبد الحميد سالم

٣٩- أثر اللغة في الاستنباطات الشرعية.

د. حمدي بخيت عمران

٤٠- رؤية نقدية في أزمة الأموال غير الحقيقية.

أ.د. موسى العرباني

د.ناصر يوسف

٤١- مرافىء اليقين (ديوان شعر).

الشاعر يس الفيل

٤٢- مسائل في علوم القرآن.

د. عبد الغفور مصطفى جعفر

٤٣- التأصيل الشرعي للتعامل مع غير المسلمين.

د. مصطفى بن حمزة

٤٤- في مدارج الحكة (ديوان شعري).

الشاعر وحيد الدهشان

٤٥- أحاديث فضائل سور القرآن: دراسة نقدية حديثية.

د. فاطمة خديد

٤٦- في ميـــزان الإسـلام.

د. عبد الحليم عويس

٤٧- النظر المصلحي عند الأصوليين.

د. مصطفى قرطاح

نهر متعدد.. متجدد

هذا الكتاب

... فإنه لما استقر عند علماء الشريعة باستقراء نصوصها وأحكامها، عامها وخاصها، وكلياتها وجزئياتها، أن الشريعة معللة بمصالح العباد؛ تقرر اعتبار المصلحة مناط الشريعة في أصولها وفروعها، يقول الإمام ابن العربي: «وعلى المقاصد انبنت أحكام الشريعة وبالمصالح ارتبطت»، وصارت بذلك المصلحة الشرعية غاية مقصودة في التعامل مع النصوص، وموجهة في الاستنباط الشرعي للأحكام، وحكما وميزانا في التطبيق والتنزيل؛ وهو المراد بالنظر المصلحي. ومن ثم صار استفراغ الوسع في البحث عن علة الحكم ووجه المصلحة فيه أول خطوة يخطوها الفقيه...



وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
قطاع الشؤون الثقافية
إدارة الثقافة الإسلامية
www.islam.gov.kw/thaqafa